Avv. COSTANZO CALOGERO
Professore nell'Università di Catania

DEL PROCURATO ABORTO

MILANO
Dottor LEONARDO VALLARDI, Editore
15 - Via Disciplini - 15
1895

Avv. COSTANZO CALOGERO
Professore nell'Università di Catania

DEL PROCURATO ABORTO

Estratto dal *Completo Trattato teorico e pratico di Diritto Penale secondo il Codice unico del Regno d'Italia*,
pubblicato da Pietro Cogliolo

MILANO
DOTTOR LEONARDO VALLARDI, EDITORE
15 - Via Disciplini - 15
1894

DEL PROCURATO ABORTO

BIBLIOGRAFIA.

BOEHMERUS, *Dissertatio de caede infantum in utero,* Hal. 1732. — LIEBERKÜHN, *Dissertatio de crimine procurati abortus,* Hal. 1772. — FILANGIERI, *Scienza della legislazione,* lib. 3, cap. 50. — CREMANI, *De iure criminali,* lib. 2, cap. 5, art. 7. — LAMAISON, *De crimine partus abacti,* Lugd. 1819. — MITTERMAYER, *Tentativo del delitto di procurato aborto,* Firenze 1855. — NAEGELE, *De jure vitae et necis quod competit medico in partu,* Heidelberg 1826. — PECORELLA, *L'aborto in ragione penale,* Napoli 1863. — STOPPATO, *Infanticidio e procurato aborto.* — TARDIEU, *L'avortement,* Paris. — BERGESIO, *Contribuzione allo studio della provocazione d'aborto.* — AGOSTINI, *Del parto prematuro e dell'aborto per arte provocati,* Milano 1860. — BALESTRINI, *Aborto, infanticidio ed esposizione d'infante,* Torino 1888. — FRANKLIN FISKE HEARD, *L'aborto criminoso, la sua natura, la sua prova e la sua punizione,* Boston 1868. — GALLIOT, *Recherches sur l'avortement,* Paris. — LOVARA, *Sull'aborto procurato,* Mortara 1852. — LUCCHINI, *Aborto procurato* (*Digesto italiano*). — PUGLIESE, *Sul procurato aborto* (Giorn. *La Legge*), 1870. — SCHNABEL, *Distinzione fra il procurato aborto e l'infanticidio* (*Giorn. di diritto crim.*). — SPANGENBERG, *Del delitto di aborto* (*Arch. di diritto crim.*). — SPIRAL, *Essai d'une étude sur l'avortement,* Paris. — VESINE LARUE, *Essai sur l'avortement,* Paris. — ZILIOTTO, *Lezione sull'aborto* (*Eco dei tribunali*) 1871. — TISSOT, *Le droit penal dans ses principes,* tomo II, Paris 1880. — MASCHKA, *Trattato di medicina legale,* Napoli 1891. — VON SÄXINGER, *Aborto procurato. Imperizia d'arte in ostetricia.* — CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita e l'integrità personale,* Torino 1885. — TUOZZI, *Corso di diritto penale,* vol. II, parte II, Napoli 1891. — IMPALLOMENI, *Il Codice penale illustrato,* vol. III, Firenze 1891. — PINCHERLI, *Il Codice penale italiano annotato.* — GOLD FROST, *Abortion* (*Medico Legal Journal,* vol. VII, n. 29). — IMPARATO, *Sull'aborto procurato.* — BARBERA, *Il reato di lesione con aborto.* — GIO. BATTISTA CARRARA, *Pensieri sul procurato aborto,* Lucca 1882.

INTRODUZIONE.

Il FILANGIERI, nell'aureo suo libro della *Scienza della legislazione,* poneva il principio che il legislatore deve di tanto accrescere il rigore della pena di quanto il delitto è di sua natura maggiormente occul-

tabile, e quindi più difficile a scoprirsi e più difficile a provarsi. La speranza dell'impunità che diminuisce l'efficacia della pena dovrebbe essere compensata dalla maggiore azione intimidatrice della pena medesima.

Questo principio però la cui giustezza relativa non poteva disconoscersi allora quando lo si contrapponeva all'altro, spesso in vigore, di richiedere minori prove per quei delitti che più facilmente sfuggivano all'azione investigatrice della giustizia, non poteva essere accolto dalle moderne legislazioni, che nel perseguitare il delitto si prefiggono di soddisfare ad un interesse strettamente sociale, e si fondano su quella sobria e ragionevole tutela del diritto, che dev'essere, per dirla col LUCCHINI, protezione e non oppressione dell'individuo.

Uno dei canoni fondamentali che dal legislatore non dovrebbe essere mai posto in oblio è senza dubbio la profonda separazione che intercede fra la morale e il diritto, il quale deve vivere di una vita reale in mezzo a una società reale.

Allorquando per inevitabile condizione di cose l'autorità non giunge che in casi rarissimi ad accertare un delitto, e si tenta colla severità della condanna di compensare il numero illusorio di coloro che incappano nel Codice penale, la disposizione della legge si riduce ad una vana formula, il disordine creato dalla pena è di gran lunga superiore all'ordine mantenuto dalla minaccia, e la sanzione *impotente* è, come dice il FILANGIERI, una sanzione *tirannica*, che fa un male privato senza ottenere un bene pubblico.

Il *procurato aborto* è precisamente uno di quei delitti per i quali le sanzioni legislative sono rimaste costantemente prive di pratica efficacia.

La statistica, la quale tanti sussidii porge alle scienze giuridiche e sociali, sebbene oggidì alcuni dei suoi cultori più appassionati si abbandonino facilmente ad esagerazioni assurde, la statistica ci prova luminosamente che l'aborto nel massimo numero dei casi rimane impunito, e che la rarità delle condanne è in evidente sproporzione colla frequenza sempre crescente del fatto criminoso.

Il SOCQUET [1]) afferma che nel lungo periodo dal 1826 al 1880 non

[1]) I. SOCQUET, *Contribution à l'étude statistique de la criminalité en France de 1826 à 1880*, Paris 1884.

si ebbero in Francia che 1070 accuse di aborti criminosi con una media annua variante da un minimo di 4 nell'anno 1830 a un massimo di 46 nell'anno 1853, e tali notizie sono confermate dal dottor BROUARDEL [1]).

In Inghilterra negli anni 1847-48-49 si procedette per aborto soltanto contro 3 persone, nel 1850 contro 5, nel 1851 contro 4, nel 1852 contro 9, e nel 1853 contro 17, delle quali 12 furono assolte dai giurati [2]).

Nel 1858 in Iscozia non vi fu alcun processo per aborti, così nel Würtemberg durante gli anni 1853-54; nel Belgio in questo periodo non si ebbero che 5 accuse [3]).

Nel Palatinato su 152,900 donne mature, nel decennio 1851-61 ne furono esaminate per aborti 43 e condannate soltanto 6 [4]).

In Italia si ebbero nel 1863 6 accuse con 9 imputati, dei quali 4 furono assolti; nel 1869 5 accuse con 8 imputati; nel 1870 6 accuse con 8 imputati dei quali 4 assolti, e nel 1881 13 accuse di cui 4 respinte. Le Corti di Cassazione non pronunziarono su tal proposito che 6 sentenze in 15 anni [5]).

La esiguità di tali cifre non potrà evidentemente non impressionare coloro che conoscono lo straordinario numero degli aborti che quotidianamente si commettono così nelle città come nelle campagne.

PARDO racconta che l'aborto in Turchia è riguardato come una delle maggiori cause di spopolazione, e che a Costantinopoli nel lasso di solo dieci mesi si constatarono 3000 casi di aborto procurato [6]).

Non sono rare le persone, nessuno lo ignora, che vivono in una relativa agiatezza coll'esercizio esclusivo della *professione* di provocare l'aborto: ed io non so se sia esatta la cifra addotta dal dott. PATERI [7]), che in media ogni levatrice procuri nella cerchia della sua clientela non meno di 100 aborti ogni anno, il che, considerate soltanto le levatrici paten-

---

1) HOFMAN, *Medicina legale*.
2) Rip. dal BALESTRINI, *op. cit.*
3) MITTERMAYER, *Tentativo del delitto di procurato aborto*, 1885.
4) FABRICE, *Die Lehre von der Kindsabtreibung*, Erlangen 1868.
5) LUCCHINI, *Digesto ital.*, voce *Aborto*.
6) *Sur la decroissance de la population en Turquie.*
7) *Archivio di psichiatria e scienze penali*, 1884.

tate, darebbe un risultato enorme, ma quel che è certo si è che dovunque si consumano impunemente migliaia di aborti, tanto che la Commissione del Senato francese, incaricata di presentare un progetto di legge sul ristabilimento della ruota dei trovatelli, nel suo rapporto chiamava l'aborto un reato divenuto quasi un'abitudine sociale.

E quel che è più notevole si è che nella coscienza popolare si afferma sempre più l'opinione che considera l'aborto come un fatto lecito, e lo provano i verdetti assolutori dei giurati, le rare volte che un'imputata viene tratta al pubblico giudizio, e la generale considerazione che non ritiene come disonorata la donna che procura di abortire.

A Parigi si dà comunemente a coloro che vivono del brutto mestiere di procacciare aborti il grazioso nomignolo di *faiseurs d'anges* [1]), e persone autorevoli attestano che non v'è medico al quale non siano state fatte ingenuamente, anche da donne maritate, e d'altronde di costumi non depravati, delle richieste di sostanze abortive, e che non abbia durato fatica a far comprendere alle richiedenti la criminosità del fatto [2]).

Il che dimostra, come nota il BALESTRINI, che le secolari sanzioni penali contro l'aborto non hanno avuto la virtù di far nascere nella massa dei cittadini, quella idealità sociale che è la più grande controspinta al delitto, e che giustifica l'esercizio della pena, come funzione educatrice della società, nel tempo stesso che è correzione dell'individuo.

Vero è che la società dimostra un'indulgenza che ad alcuno sembrerà colpevole, anche per altri delitti quali il duello ed in genere i reati d'amore, che certamente nessuno consiglia di cancellare per questo dal Codice penale; vero è che a molti ripugnerebbe che si concedesse alla donna di calpestare impunemente il suo istinto più sacro, quello della maternità; vero è che si potrà rispondere tutto ciò esser dovuto al pervertimento dell'opinione pubblica, la quale nel caso concreto non riconosce delinquente colui che realmente è tale, ma ad ogni modo la legge penale se da un canto deve tener conto stretto della natura del fatto per impu-

---

1) TAMASSIA, *Lezioni orali di medicina legale.*

2) TASSONI, *L'esposizione degli infanti. Giornale della Società italiana d'igiene*, 1881.

tarlo all'agente, non può dall'altro trascurare tutte le circostanze che producono il fatto medesimo che l'accompagnano o lo modificano.

Se il pregiudizio sociale esiste nella pubblica opinione, se è appunto in questo reato d'indole eminentemente sociale, in questo reato, figlio del sentimento dell'onore, tale nelle donne da rivaleggiare, combattere e vincere l'amor materno, che dimostrasi vera la sentenza del QUETELET[1]) che la società prepara il delitto e che il delinquente è soltanto l'istrumento per cui si eseguisce, se la madre si trova talvolta in un bivio terribile da cui si esce, come dice il PUGLIESE[2]), o senza figlio o senza onore, non può il legislatore penale valutare quel fatto astraendo da tutto ciò che valse a produrlo.

L'essere adunque pervertita la pubblica opinione in quanto giustifica o compatisce l'aborto richiede dal legislatore attente cure nell'ordinare quei mezzi preventivi che valgano a sradicare le cause di quel pervertimento, ma costringe il legislatore medesimo a valutarne l'influenza e sulla intenzione dell'agente e sulla sua imputabilità. Altrimenti facendo la legge urterebbe colla coscienza giuridica del popolo e sarebbe viziosa.

Si rassicurino però gli Aristarchi della morale, perchè ciò ho detto non già per conchiudere che l'aborto non debba esser considerato quale delitto e debba sempre andare impunito, ma per dimostrare piuttosto che la legge per riuscire veramente efficace, deve da un canto restringere la punizione dell'aborto a certi casi speciali che più oltre esamineremo, e sotto certe date condizioni, e deve dall'altro assumere un carattere più preventivo che repressivo.

È innegabile che il male esiste, che la piaga si è estesa e che finora non valsero a combattere il barbaro uso nè il sentimento religioso, che è in decadenza, nè la moralità, in ribasso, nè gli ammaestramenti dei savi; la pena quindi deve avere tali caratteri da far sperare che lo scopo suo sarà facilmente raggiunto.

La legge, lo ripetiamo, dev'essere più preventiva che repressiva, dee mirare più a raddrizzare l'opinione pubblica che a riaffermare il diritto violato, più a modificare una condizione di fatto prodotta dall'ambiente che ad infliggere un male al colpevole.

---

1) *Fisica sociale.*

2) PUGLIESE, *Sul procurato aborto. La Legge,* 1870, n. 67.

In tale opinione di limitare cioè la punizione dell'aborto seguo le orme del CARRARA, del LUCCHINI, del BALESTRINI difformemente dal TARDIEU e dal PUGLIA.

Non è questo certamente il luogo d'indicare o di discutere i mezzi che la società dovrebbe porre in opera onde prevenire l'aborto, e del resto avremo in seguito occasione di accennarli, ma non vogliamo omettere di ricordare qui, quanto a tal proposito scriveva il FILANGIERI [1]): Che si somministrino degli asili alle donzelle che hanno avuto la disgrazia di soccombere alle combinate spinte del senso e dell'amore; che si spargano in tutte le parti dello Stato dei ricettacoli pei loro clandestini parti; che la legge protegga le madri e ne faccia allevare i fanciulli; che copra e nasconda la loro debolezza invece d'infamarla, che, invece di costringere il pudore, cerchi di riparare all'onore; ed allora i procurati aborti saranno più rari e più giustamente punibili.

CAPO I.

DEL REATO DI ABORTO NELLA STORIA.

§ 1. — *L'aborto nel mondo orientale.*

Per la legge suprema dell'evoluzione che regola così la morale come il diritto la scienza dei delitti e delle pene ha subìto anch'essa il vario avvicendarsi della vita dei popoli variando col variare dei luoghi, dei tempi e della civiltà.

Il delitto di aborto seguendo questa legge generale è stato variamente apprezzato a seconda delle idee religiose, morali e politiche dominanti nei varii periodi.

È noto che la pratica d'interrompere ad arte la gravidanza fu spesso usata *ab antiquo* così presso i popoli barbari come presso quelli altamente civilizzati e fu ritenuta come qualche cosa di lecito.

Non parliamo dei popoli antichissimi e selvaggi presso i quali nessun'altra reazione opponendosi al delitto che la vendetta, sia individuale sia familiare, dell'offeso è certo che l'aborto sarà rimasto impu-

1) *Op. cit.*, libro III, cap. L.

nito tutte le volte almeno che non avrà prodotto un danno nella salute o la morte della madre.

Nulla si rinviene nemmeno nella legislazione penale dell'India che accenni ad incriminazioni dell'aborto procurato, come nulla si rinviene nelle leggi degli Egizii; e presso gli Ebrei è soltanto in un'età posteriore alla legislazione mosaica che s'incrimina la madre colpevole di aborto procurato.

§ 2. — *Grecia.*

Nel diritto greco esistono gravi divergenze sulla punibilità dell'aborto, e ad onta degli studi più accurati e delle più diligenti ricerche sembra difficile che possa in modo certo risolversi la questione. Certamente diverse furono le disposizioni e le norme delle varie leggi, come diverse erano le opinioni dei filosofi e dei giureconsulti.

LICURGO e SOLONE, considerando gli individui come appartenenti allo Stato più che alla famiglia, dovettero intendere a proteggere l'uomo anche nell'utero materno, punendo l'aborto, ed IPPOCRATE nel giuramento posto in capo alle sue opere aveva solennemente promesso di mai somministrare ad una donna incinta alcuna medicina che potesse farla abortire; d'altra parte PLATONE voleva l'aborto per ogni donna che concepisse oltre i quarant'anni, ed ARISTOTILE, precursore delle teorie di MALTHUS, consigliava l'aborto per mantenere l'equilibrio fra la popolazione e i mezzi di sussistenza, aggiungendo che ciò devesi fare prima che il feto sia animato ed abbia vita e sentimento.

§ 3. — *Roma.*

Anche nel diritto romano ignorasi con sicurezza se l'aborto fosse punito oppur no, e le varie leggi che pervennero sino a noi, dan luogo a varie interpretazioni.

Dietro uno studio accurato delle fonti, sembra ad ogni modo assodato che nell'antico diritto l'aborto non fosse considerato come delitto, e ciò era conseguenza logica della legge che dava al padre *jus vitae et necis* sui figli.

Noi troviamo del resto negli antichi giureconsulti considerato il feto nell'utero materno come *pars ventris* o *portio viscerum*, ma non mai come figlio nè uomo; e la scuola stoica insegnava che il feto non anco uscito dal seno della madre fa parte di lei, come i frutti fan parte dell'albero finchè non ne sono staccati [1].

Queste idee escludevano necessariamente l'incriminazione dell'aborto in sè.

La donna che si procurava l'aborto non commetteva delitto, e il terzo che occasionavalo con violenza incorreva soltanto nei danni e interessi per la legge *Aquilia*.

Posteriormente l'incriminazione dell'aborto cominciò ad affermarsi in nome di un rapporto giuridico speciale. Se la donna che procurava a sè stessa l'aborto non compieva che un atto di libera disposizione del proprio corpo, politicamente non imputabile, la donna maritata che dolosamente avesse procurato il proprio sconcio, quando di ciò si fosse doluto il marito, ledeva un diritto di questo alla prole sperata, ed era perciò punibile [2].

MARCIANO ricorda sul proposito un rescritto degli imperatori SEVERO e ANTONINO, e TRIFONINO dice « *Si visceribus suis post divortium, quod praegnans fuit, vim intulerit, ne jam inimico marito filium procrearet, ut temporali exilio coerceatur, ab optimis imperatoribus nostris rescriptum est* » [3].

Anche la legge *Cornelia de sicariis* puniva coll'esilio la donna che si fosse procurato l'aborto violentemente « *Si mulierem visceribus suis vim intulisse qui partum abigerit constiterit, eam in exilium praeses provinciae eriget* ».

Si comminava poi la pena capitale se la donna fosse stata guidata da un sentimento di cupidigia, come se avesse ricevuto del denaro dagli eredi di suo marito per distruggere il frutto del suo ventre.

« *Cicero in oratione pro Cluentio Avito scribit Milesiam quamdam mulierem, cum esset in Asia, quod ab haeredibus secundis accepta pecunia partum sibi medicamentis ipsa abegisset, rei capitalis esse damnatam* ». E

---

1) D. L. 25. 4, *de insp. ventre.* — PLUTARCO, *Opin. filosof.*, lib. V, cap. XV.
2) L. 4. *de extraord. crimin.*
3) L. 39. D. *de poenis.*

CICERONE approvava la condanna con queste parole: « *Nec injuria, quae spem parentis, memoriam nominis, subsidium generis, haeredem familiae, designatum reipublicae civem, substulisset.*

PAOLO ci presenta un'ipotesi giuridica dell'aborto alquanto diversa, quella della propinazione del poculo abortivo: « *Qui abortionis aut amatorum poculum dant, et si dolo non faciant, tamen quia res mali esempli est, humiliores in metallum, honestiores in insulam, amissa parte bonorum, relegantur; quod si eo mulier aut homo perierit, summo supplicio afficiuntur* » [1]. Dove pare, come acutamente spiega il PESSINA [2], che la locuzione *etsi dolo non faciant,* non debba essere intesa nel senso che il delitto è punibile anche senza dolo, cioè senza sapere che la bevanda abbia efficacia abortiva e senza aver di mira l'aborto, ma piuttosto nel senso che, vista l'accresciuta depravazione dei costumi e il frequente ripetersi dei fatti di *poculo abortivo* o *poculo amatorio,* essi siano stati elevati a fatti punibili, benchè niuna delle *leges* li prevedesse come delitti.

§ 4. — *Diritto germanico.*

Nelle leggi germaniche apparve distinta la tendenza a restringere i confini della patria potestà sulla prole, onde più nitido si mostra il concetto della punizione dell'aborto procurato.

Nella *lex romana Wisigothorum* si legge: *Si formatum infantem estinxerit CCL solidos reddat, si vero informem centum solidos pro facto restituat* [3]; e conforme era la legge dei Bavari.

La pena della donna ingenua che si procurava l'aborto era la perdita della sua libera condizione, ed il passaggio nella servitù. Se il marito l'obbligava a bere la pozione dell'aborto, o permetteva che le si desse, tanto colui che preparato aveva la pozione, quanto il marito erano condannati a sciegliere tra la perdita della vita o della vista [4].

---

[1] L. 38, § 5, D. *de poenis*.
[2] Monografia citata.
[3] Lib. VI, tit. III, § .
[4] *Ibid.*, libro VI, tit. III, cap. I.

§ 5. — *Diritto canonico.*

Fu però nel diritto canonico dove il legislatore si preoccupò della perdita dell'anima del nascituro, che moriva privo del battesimo, che maggiormente si accentuò la severità nell'incriminazione e nella punizione dell'aborto procurato sì da raggiungere la ferocia.

Vari Concili aggiunsero alle pene spirituali le temporali, e varie Bolle di pontefici minacciavano la pena capitale.

Nè valse a mitigare l'eccessiva severità delle pene la distinzione che i Padri della Chiesa introdussero tra feto animato ed inanimato. Si osservava se il feto fosse già formato, se fosse dotato di vita o se non costituisse ancora che una materia inerte ed inanimata, e nel primo caso l'aborto era considerato come un vero e proprio omicidio, nel secondo come un reato soggetto a semplice pena pecuniaria. Ma poichè la regola più comunemente accettata per risolvere tale questione era quella del termine di 40 giorni, e siccome difficilmente si ha un aborto prima del 3.° o 4.° mese, così indirettamente tutti gli aborti erano considerati come omicidii, e puniti di morte.

Più umano fu il principio della distinzione delle cause impellenti all'aborto, onde l'estrema miseria e la causa d'onore furono accolte come attenuanti. « *Multum distat utrum paupercula pro difficultate nutriendi aut fornicaria pro sui sceleris necandi causa faciat* » [1]).

Chè anzi vi fu una scuola che considerò la causa d'onore come discriminante: « *si honesta puella invicta ab adolescente adultero corrupta fuisset, ante animationem foetus potest illum excutere, ut multi volunt, ne honorem suum amittat* [2]).

§ 6. — *Diritto intermedio.*

Alle fonti ecclesiastiche si ispirarono in gran parte le legislazioni medioevali e gli statuti italiani, distinguendo il feto animato e inanimato, ed eccedendo nella misura delle pene.

---

1) C. 7, c. 32, qu. 2; c. 5, X. *de homic.*

2) *Proposition dictées au College de Paris par* AYROLD (Gesuita), 1664.

L'ordine criminale di CARLO V stabilisce come pena per l'aborto procurato la morte colla spada nell'uomo, la morte per annegamento nella donna quando il feto era vivo, mentre il fissare la pena quando il feto non era ancora vivo era lasciato all'arbitrio del giudice.

Lo statuto di ADRIANO condanna la donna ad esser bruciata viva sia quando uccide la prole nata, sia quando *praegnams, ut abortiret, sanguinem traxerit, flebotomiam fecerit, vel aliquod poculum receperit.*

Lo statuto della Valtellina dannava al fuoco la donna che cercava disperdere il feto, animato o inanimato che fosse, e solo accordava per un riguardo al sesso, la facoltà al giudice di commutarle la pena in una meno crudele.

§ 7. — *Leggi moderne.*

Nelle legislazioni moderne, dopo che la fisiologia fece prevalere l'opinione che l'anima s'infonde nel feto nell'istante medesimo del concepimento, fu abolita la distinzione fra feto animato ed inanimato. Si mitigò del pari là eccessiva severità delle pene e si circondò la punizione dell'aborto di garanzie e di cautele.

Si distinse il tentativo di aborto dall'aborto consumato, e si ammise un'attenuate quando lo scopo del reato fu quello di annullare per ragion d'onore una prole illegittima.

Un'altra distinzione stabilita dalle leggi moderne è relativa al consenso della donna abortita; la pena si aggrava se un estraneo abbia procurato l'aborto senza il consentimento della donna o se il misfatto sia stato commesso o agevolato da un medico o chirurgo, ed in genere nel caso che l'aborto produca alterazione della salute, pericolo di vita, o la morte della donna che si assoggetta alle pratiche abortive.

Riassumendo noi possiamo affermare col BALESTRINI [1]), che dalla storia dell'aborto procurato risulta che tre furono i principali fattori delle opinioni che si disputarono il campo in tale materia presso i vari popoli: l'organizzazione della famiglia, il pregiudizio religioso e il pregiudizio politico.

---

[1]) *Op. cit.*, pag. 36.

Le varie trasformazioni dell'organismo domestico influirono in primo luogo sul concetto giuridico dell'aborto.

Il principio religioso vi contribuì del pari, per il *crescite et multiplicamini* della Genesi, come pure per l'idea della perdizione dell'anima del feto.

Ed infine il pregiudizio politico vi esercitò una non lieve azione in quanto allorchè i legislatori si preoccuparono dell'eccessivo incremento della popolazione in rapporto ai mezzi di sussistenza, non considerarono come reato l'aborto, salvo a punirlo severamente per l'esigenza della politica guerriera di molti monarchi, o allorchè si ritenne che l'aumento della popolazione producesse come conseguenza un aumento del benessere nazionale.

Oramai però nella incriminazione dell'aborto si prescinde generalmente sì dall'idea religiosa che da quella politica, perchè tanto l'una quanto l'altra sono contradette dai risultati della scienza moderna ed urtano collo spirito della crescente civiltà.

CAPO II.

DEL REATO DI ABORTO NELLA DOTTRINA.

§ 1. — *Obiettivo giuridico del reato di aborto.*

Prima di esaminare l'aborto criminoso nella legislazione non crediamo del tutto inutile di esaminarlo nella dottrina tentando di risolvere i due problemi più importanti che in simile materia si presentano e che necessariamente esercitano una capitale influenza nelle disposizioni positive della legge.

Tali problemi si completano a vicenda e la soluzione dell'uno deve necessariamente scaturire da quella dell'altro.

In primo luogo qualè l'obiettivo giuridico del reato di aborto? E, ciò stabilito, quali sono le condizioni essenziali di questo reato?

Per aborto nel senso più generico s'intende, come la stessa parola indica, un processo patologico il quale attraversa e impedisce il processo fisiologico della gravidanza.

Col nome di aborto procurato poi nel senso proprio della parola

s'intende l'interruzione violenta della gravidanza e la consecutiva espulsione del feto in un tempo nel quale il medesimo non è ancora vitale [1]).

Fra le quali nozioni è facile il vedere quale profonda differenza interceda, poichè mentre nella prima si prescinde in modo assoluto dalla uccisione del feto, questa è nella seconda conseguenza necessaria della non vitalità del feto medesimo, che è condizione dell'aborto [2]).

E qui si presenta la prima questione, se cioè l'aborto sia un reato contro la vita del feto ovvero se esso sussista in ordine ad altro obiettivo giuridico, senza tener conto di alcuna condizione di vita nel feto e della uccisione del medesimo; questione in ordine alla quale disparatissime sono le opinioni dei diversi criminalisti che danno luogo ad una straordinaria disparità di principii, non priva di effetti nella pratica amministrazione della giustizia.

La prima opinione, che cioè l'aborto sia un reato diretto contro la vita del feto, è sostenuta fra gli altri dall'illustre prof. CARRARA [3]), e dal TISSOT [4]).

§ 2. — *Dottrina del Carrara.*

Il CARRARA non fa distinzione alcuna fra aborto e feticidio, lo comprende nella classe dei reati contro la vita delle persone e lo definisce « *la dolosa uccisione del feto nell'utero, o la violenta sua espulsione dal ventre materno, dalla quale sia conseguita la morte* »

Il CARRARA è certamente logico in questa definizione, ma ad onta della reverenza profonda che sentiamo per il sommo criminalista non possiamo accettarne l'opinione, quantunque la conseguenza ultima cui porta la sua dottrina sia la non incriminalità dell'aborto nel maggior numero dei casi, conseguenza cui di buon grado ci sottoscriviamo.

Egli medesimo per quanto affermi che l'obiettivo dell'aborto è riposto nella vita del feto, e che non si avvera il reato se non si ha la

[1]) SAEXINGER, *Aborto procurato.*

[2]) Premetto che pur riportando queste giuridiche nozioni dell'aborto non intendo menomamente di assumerle come vere e proprie definizioni.

[3]) *Progr.*, parte speciale, vol. I, § 1251 e seg.

[4]) *Introd. philosophique à l'étude du droit pénal*, lib. I, cap. III.

uccisione, non sa poi in modo chiaro indicare a qual genere di vita intenda alludere, tanto che l'AMBROSOLI, con poca mitezza di linguaggio, gli rimproverava di aver fatto dei giuochi di parole.

Egli infatti (il CARRARA) a proposito della minor gravità del feticidio in confronto all'omicidio dice: « la vita che qui si spegne non poteva dirsi ancora diffinitivamente acquisita: più una speranza ella era che una certezza. E tra lo stato di feto e quello di uomo tanto d'intervallo intercedeva, tanti d'ostacoli e di pericoli si frapponeva, da rimanere dubbio mai sempre se anche senza la violenta espulsione quella vita sperata avesse mai potuto giungere a convertirsi in realtà » [1]).

È certo adunque che si tratta di una speranza di vita, di una possibilità di vita e non già di una vita realmente esistente, onde non è giuridicamente molto esatto il richiedere come elemento costitutivo del reato che si tolga al feto quella vita che egli ancora non ha acquistata.

Si può avere infatti lesione di un diritto che non si ha al presente in attesa del momento in cui *forse* si avrà? Si può accettare come giuridico il concetto di una personalità in germe?

Il BALESTRINI [2]) esamina acutamente la questione, proponendo a sè medesimo il problema se il feto ha diritto alla vita, o meglio se esso può considerarsi quale soggetto di diritti in genere, e lo risolve negativamente.

Il diritto, per consenso unanime di tutti gli scrittori è una *proportio hominis ad hominem* che ha per iscopo di rendere possibile l'esistenza dell'uomo nella società.

I tre precetti nei quali la sapienza romana sintetizzava i capisaldi del diritto dimostrano che soggetto di diritti non può essere che l'uomo in quanto fa parte della società. È necessario adunque un elemento individuale e uno sociale. Nel caso del feto manca l'elemento sociale perchè il feto non fa ancora parte della società, manca l'elemento individuale perchè l'embriologia moderna ha dimostrato che durante il suo sviluppo fetale l'uomo attraversa tutto il periodo di tempo percorso dalla vita organica fin dalla più remota sua origine, e passa per tutti gli stadi della *vita animale* dal più infimo al più elevato [3]).

---

[1]) *Loc. cit.*

[2]) *Op. cit.*, pag. 103 e seg.

[3]) FICHTE citato dal BÜCHNER, *Scienza e natura*, cap. XIX.

In nove mesi l'embrione umano attraversa tutta la serie delle forme che i suoi antenati, dalla monera al più elevato dei vertebrati, hanno percorso per milioni e milioni d'anni. Infatti lo studio delle fasi evolutive della vita embrionale ci manifesta che dopo aver percorso gli stadi rudimentali di monerula, di semplice cellula, di massa globulosa di cellule omologhe, e preso la forma di vescicula sferica, l'uomo assume l'organizzazione di un invertebrato senza cranio, senza cuore, senza mascelle, analogo all'*amphioxus* completamente sviluppato; poscia di un craniote; un po' più in là di un pesce, e successivamente di un anfibio, di un ammiote, di mammifero superiore, di uomo [1]).

Ora se il feto rappresenta quegli stadi della evoluzione degli organismi nei quali non si ha ancora l'*uomo*, non è logico escluderlo dalla nozione del diritto, dal momento che durante tutti questi stadi per i quali egli passa attualmente non vi era ancora quel che si chiama diritto? Come conciliare diversamente la sua *animalità* colla *umanità* di questo?

Se per tutto il periodo della vita intrauterina il feto riveste successivamente forme diverse di organismi animali, e solo al momento della nascita possiede effettivamente i caratteri fisici e psichici dell'umanità, non può certamente a ciò supplirsi colla certezza della sua destinazione fin dal momento del concepimento, poichè non trattasi di vedere ciò che il feto sarà per divenire, ma se esso raggiunga durante la vita intrauterina quello stadio di evoluzione che gli dia dignità di essere umano.

Nè vale il dire che la differenza fra un neonato ed un feto prossimo alla nascita non può esser tale da giustificare la disparità di trattamento fra di essi, potendo soltanto il primo essere considerato come soggetto di diritti, poichè può rispondersi coll'ARDIGÒ [2]) che la gradazione da diverso a diverso nella natura è sempre per infinitesimi di distanza, ossia, guardata nella sua continuità, è indiscernibile....... in modo che il diverso non può rilevarsi se non prendendo due punti lontani sulla linea continua delle gradazioni.

Ma prescindendo anche dalla questione della gradazione, chi non

---

1) SCHIATTARELLA, *I presupposti del diritto scientifico.*
2) *La morale dei positivisti,* Milano 1882.

vede che nel caso del nascituro e del neonato la distinzione che correrebbe fra di essi circa la capacità di diritti troverebbe il suo correspettivo nelle differenze che fra i due organismi intercedono e che basterebbero a giustificarla pienamente?

Infatti è *dal momento della nascita* che il neonato comincia a far parte della società, e ciò malgrado il termine che la legge accordi per avventura alla sua iscrizione nei registri dello stato civile ed indipendentemente dall'effettuarsi di tale iscrizione; quanto poi alle differenze organiche è facile rilevare che nessuna rivoluzione succede nell'organismo così profonda quanto quella che si avvera al momento della nascita: nell'ordine psichico il feto viene messo in relazione col mondo esterno e quindi incomincia per lui da quel punto la vita dei sensi principali, nell'ordine puramente fisiologico alla respirazione placentale succede la respirazione polmonare ed incomincia nel neonato una circolazione sanguigna propria. Di fronte a tali cambiamenti sono un nulla tutte le modificazioni che succedono posteriormente nell'organismo, e che pure servono di radice ad altrettante modificazioni nella condizione giuridica dell'individuo.

E del resto come giustificare nell'ordine pratico un diritto all'esistenza nel feto, dal momento che esso è vincolato con un nesso indissolubile all'organismo della madre, del quale deve per legge ineluttabile di natura seguire le sorti?

Come conciliare questo diritto colle mille negligenze od imprudenze che possono metterlo in continuo pericolo e che le leggi non possono reprimere per ragioni di equità e d'ordine?

Il volere poi dalle leggi civili che accordano al feto una personalità giuridica inferire che a lui non può negarsi il diritto alla vita, da un canto prova troppo dall'altro nulla.

Prova troppo perchè per l'art. 764 del Cod. civ. possono ricevere per testamento i figli immediati di una determinata persona, vivente al tempo della morte del testatore, *quantunque non siano ancora concepiti.* Il che dimostra che si può avere un certo diritto all'eredità senza che vi sia l'esistenza fisica e quindi senza la possibilità di supporre il diritto alla vita poichè nessuno certamente sosterrà il diritto alla vita per i nascituri non concepiti. Non prova nulla perchè anche per quanto riguarda i nascituri concepiti la legge non parla di una effet-

tiva ed immediata investitura di diritti, ma di una pura e semplice finzione e riserva.

Infatti se il feto muore prima o contemporaneamente alla nascita, oppure nasce non vitale non trasmette ad altri quei diritti che non ha mai acquistati.

I civilisti si sono accordati con un'unanimità straordinaria a ritenere che tale capacità sia l'effetto di una finzione, e la stessa parola *finzione* ci avverte che essa non corrisponde alla realtà intima delle cose: « la finzione è un espediente tecnico, è un ripiego per il tempo della necessità teoretica » [1].

La legge civile, custodendo i diritti che spetteranno al feto divenuto uomo, non ha bisogno di riconoscerne la personalità giuridica, ma le basta di riconoscerne l'esistenza fisica, accompagnata dalla probabilità della nascita.

Così non è del diritto all'esistenza, il quale non è qualche cosa di estraneo alla persona del feto che si imponga praticamente e per il quale debba, in mancanza ed in attesa di meglio, ammettersi una finzione; la vita avvenire del feto non si può tutelare con una riserva, ma è necessario perciò tutelare e quindi riconoscergli un diritto alla vita attuale; e perciò la finzione cesserebbe senz'altro di essere tale.

Inoltre osserva il PUGLIA che accettando la teorica del CARRARA non sarebbe facile il vedere da qual momento cessa questa vita di natura speciale per convertirsi in quell'altra vita che è l'oggetto dell'infanticidio e dell'omicidio [2], quantunque a noi sembra che tale momento debba considerarsi chiaramente indicato da quello della nascita, nel quale il feto assume certamente una vera e propria personalità giuridica.

Non si comprende piuttosto come riconosciuta una vita nel feto, questa vita la si calcoli meno di quella dell'infante o dell'uomo sviluppato, e le si accordi una protezione minore.

Lo stesso CARRARA riconobbe la deficienza della sua dottrina e volle in seguito modificare, completare e chiarire il suo concetto:

« Noi crediamo, egli dice, che possa fisiologicamente questionarsi

---

[1] IHERING.

[2] Monografia citata nel *Filangieri*, 1880, pag. 475.

se sia vita distinta dalla vita della madre e lasciamo che i medici questionino a posta loro su ciò. A noi basta che sia una vita meritevole di essere rispettata e protetta a riguardo soltanto di sè stessa, indipendentemente da ogni riguardo della famiglia; e questo non è incerto. Non è incerto appo nessuno che il feto (se è vero feto) sia un essere vivente, e sfido a negarlo quando ogni giorno vedesi crescere e vegetare. Cosa importa dunque definire fisiologicamente codesta vita?

« Nella vitalità presente accompagnata da una probabilità di una vita futura indipendente ed autonoma trovasi a sufficienza l'obiettivo del delitto di chi malvagiamente la spenga ».

Potrebbe osservarsi forse che il CARRARA abbia risposto la essenzialità giuridica dell'aborto più nell'impedire ad un essere l'acquisto della vita che nel privarlo della vita acquistata, idea molto più esatta, ma egli stesso però (nota al § 1252) è costretto per necessità logica a convenire che definendolo l'*uccisione* suppone la vita poichè non si può uccidere chi non è vivo, ed aggiungendo come estremo che dalla espulsione ne consegua la morte, una seconda volta presuppone la vita perchè non si può recar morte a chi non ha vita.

Conseguenza della dottrina del CARRARA è la quasi costante impunità degli autori del reato di aborto, impunità in base alla quale alcuni ne censurano la teorica, quantunque secondo noi ciò sia da considerarsi più come un pregio che come un difetto di essa.

Vero è però che da altri principii giuridicamente più esatti noi vorremmo che tale impunità scaturisse.

Ad ogni modo è certo che, seguendo i principii stabiliti dal CARRARA, in molti casi riesce impossibile l'incriminazione dell'aborto, come dicono i contradittori dell'illustre criminalista, o mancano gli elementi necessari del reato, come crediamo sia preferibile dire.

Infatti nell'aborto avvenuto nei primi mesi della gravidanza è impossibile l'accertare se nell'utero materno vivesse un vero feto vitale.

A gravidanza inoltrata se il feto nasce vivo, non si può parlare di aborto perchè manca l'elemento materiale dell'uccisione, e tale elemento manca del pari quando l'accusa non possa giustificare che la morte avvenuta fu conseguenza dei mezzi abortivi adoperati.

Lo stesso dicasi nel caso che il feto era già morto nell'utero per cause innocenti; non volendo punire la mera intenzione, non potrebbe

trovarsi elemento di delitto nello aver liberato il corpo della donna dalla presenza di un cadavere.

§ 3. — *Dottrina del Tissot.*

Anche il TISSOT in Francia segue sostanzialmente le idee del CARRARA, quantunque devesi convenire che non vada del tutto esente da contradizioni, e che mostri talvolta di piegare all'opinione contraria.

« Tutto si riduce a sapere, egli dice, se la società possa e debba considerare l'embrione e più tardi il feto umano come una *persona virtuale*, come un *cittadino in germe*, e farsi un dovere di proteggerne l'esistenza e la vita.... se, in altri termini, non v'ha tra l'infanticidio e il feticidio che una differenza di grado. La società deve proteggere la vita di tutti i suoi membri.... se si riconosce alla società la tutela della vita del cittadino in speranza, bisogna convenire frattanto della grandissima differenza che vi ha tra un infante in speranza ed un infante reale » [1]).

Ma se l'aborto secondo il TISSOT è la distruzione di una vita sperata, di un infante *in spem* o di un cittadino in germe, la lesione giuridica che questo reato contiene dovrà ricercarsi come diretta contro la madre, contro la famiglia o contro la società i quali abbiano il diritto di non vedere distrutta questa speranza, e non mai contro il feto.

In seguito anche il TISSOT è dubbioso, si contradice, e divaga. « È certo in effetto, egli dice, che il feto è piuttosto sotto la tutela della madre, che è il suo mezzo esteriore, che sotto quella della società di cui egli non fa ancora direttamente parte.

« Non è dunque che *per un'estensione un po' forzata* che le leggi lo proteggerebbero in questo stato rudimentale, e probabilmente in forza di due pregiudizii, l'uno teologico, la credenza nella perdita dell'anima, l'altro economico, secondo il quale la prosperità degli stati dipenderebbe dall'accrescimento della loro popolazione.

« Se questi pregiudizi sono stranieri alle vedute che deve avere il le-

---

1) *Op. cit.*

gislatore, se essi sono falsi o mal fondati, si comprende come siasi potuto dire che la donna che si libera prematuramente del suo frutto non commette alcuna ingiustizia sociale, poichè la sua azione cade sopra un soggetto che non è ancora nel numero dei cittadini. Tuttavia non sarebbe possibile alcuna ingiustizia a riguardo di questo essere?

« Sì senza dubbio nella supposizione che vi sia in lui una persona, un io, un vero soggetto di diritti. È così? Chi oserebbe sostenerlo? Il contrario non è incomparabilmente più sicuro? ».

Il Tissot però non risponde a queste domande, che egli pone a se medesimo, che anzi prosegue eliminando quasi l'imputabilità dell'aborto.

Egli continua: « Ed ancora che un'ingiustizia fosse possibile a riguardo di un essere appena sensibile e completamente privo d'intellinenza, quali considerazioni sembrano cospirare per attenuarne almeno la penalità? Primieramente se vi fosse ingiustizia ella avrebbe un carattere intieramente morale, poichè non vi sarebbe, propriamente parlando, una persona civile lesa; secondariamente questa lesione è molto probabilmente un bene piuttosto che un male, perchè nella media la vita non è una sorte desiderabile ed io dubito che molti avrebbero preferito il nulla.... se avessero potuto accettare o rifiutare il triste presente ».

Ora non è difficile il vedere dove possano condurre considerazioni di questo genere. In primo luogo sembra impossibile di poter conciliare la mancanza di una *persona civile* capace di diritti con una lesione giuridica contro la persona diretta; in secondo luogo la società ha il diritto e il dovere di proteggere la vita come un bene, astraendo da ogni condizione soggettiva che possa farla considerare come un male. Altrimenti sarebbe necessario un regresso fino alle leggi barbariche nelle quali il widrigildo o la punizione si proporzionavano al grado, all'importanza o al valore dell'ucciso.

§ 4. — *Dottrina dell'Ambrosoli.*

Molti furono gli autori però che dissentirono dalle teoriche del Carrara e del Tissot, che ne criticarono gli argomenti e che tentarono di riporre in altro diritto che non fosse quello della vita del feto, l'obiettivo giuridico del reato di aborto.

E primo l'AMBROSOLI [1]), rimprovera al CARRARA che conseguenza logica e necessaria della sua dottrina sarebbe o l'impunità del reato o il pericolo d'ingiuste condanne.

Infatti dovrebbesi o dare all'accusa l'obbligo di provare la vita del feto nell'utero anteriormente ai mezzi usati per abortire (prova impossibile che condurrebbe all'impunità del reato), o costringere la difesa a provare la morte del feto prima o indipendentemente dai mezzi abortivi, nel qual caso si avrebbe l'impossibilità che gl'imputati si discolpassero.

Egli tenta d'ovviare a questi inconvenienti noverando l'aborto fra i reati contro l'ordine delle famiglie, e riponendo nella lesione di quest'ordine di diritti la sua oggettività giuridica.

L'obiettivo del reato, egli dice, sta nell'impedire alla gravidanza di giungere al suo termine; esso non istà nella vita del feto perchè non è ancora deciso se vi sia vita o no.

Le argomentazioni dell'AMBROSOLI però non ci sembrano nemmeno accettabili.

Ecco come egli ragiona: « Se la legge civile, prendendo atto della nascita di un feto vivo, ne trae la conseguenza che dunque era vivo fino dal concepimento, in quella guisa che di uno che è arrivato si può affermare che era partito, si è guardata però bene dal dire che il feto sia vivo anche quando è tuttavia nel ventre materno, ma si è limitata a tutelarne i diritti a condizione che ne esca vivo. Dire adunque che lo sconcio della donna incinta sia l'uccisione del feto, ci pare che torni come affermare ciò che è ignoto; che cioè quel feto fosse vivo, od almeno ci pare che conduca ad indagini malsicure e complicate nelle quali non vi è necessità di addentrarsi. La sola cosa sicura si è che nella donna incinta si deve lasciar libero corso alla gravidanza, questo è ciò che esige l'ordine della famiglia e della società; perchè può essere ed anzi è nelle leggi solite della natura, che quella gravidanza maturi il feto, che il feto nasca vivo e che una nuova persona venga così ad aggiungersi alla società ed alla famiglia.

« Il reato di procurato aborto come in qualche modo accenna la parola, è un procurato non nascimento, un impedimento alla nascita, un impedimento frapposto alla maturanza del feto ».

---

[1]) *Di alcune opinioni intorno al procurato aborto.*

In tutto ciò non può negarsi sia esatto che devesi lasciar libero corso alla gravidanza della donna, ma non si comprende qual diritto venga leso ove tale libero corso sia malvagiamente impedito, e molto meno come possano evitarsi le indagini mal sicure e complicate. Se l'aborto consiste nell'impedimento alla nascita dovrà pure provarsi che la nascita potenzialmente esisteva e che in tanto non avvenne in quanto furono posti in opera mezzi a ciò idonei.

Nè ciò basta, poichè il dire che l'aborto viola l'ordine familiare potrà essere esatto come una circostanza accidentale del reato, ma non risponderà certamente al vero in ogni caso e non potrà quindi assumersi come elemento costitutivo ed essenziale di esso.

Come parlare infatti di lesione familiare quando nel maggior numero dei casi la famiglia manca, e quindi vien meno lo stesso diritto col quale si suppone che il fatto sia in contraddizione

A ragione quindi molti autori sostennero che non è che una questione di formula quella che l'Ambrosoli ha fatta, laddove bisognava farla di sostanza, e che egli, mentre non rimedia agl'inconvenienti della teorica del Carrara, non dà al reato di aborto un fondamento giuridico [1]).

§ 5. — *Dottrina del Tardieu.*

Fra coloro che combatterono la dottrina che ripone l'obiettivo giuridico dell'aborto nella vita del feto, oltre l'Ambrosoli crediamo degno di nota il Tardieu, il quale volle costruire una nuova teorica che acquistò credito per la meritata riputazione del suo promotore. « Quale che sia il modo di avvisare i fatti, egli dice, l'aborto criminoso non può avere altra sostanzialità di fatto se non l'*espulsione prematura e violentemente provocata del prodotto del concepimento, indipendentemente da tutte le circostanze di età, di vitalità ed anco di formazione regolare.*

Le condizioni intenzionali e morali dell'aborto procurato non cangiano, sia vivo o sia morto il feto, abbia o non abbia raggiunto il tempo della vitalità, o sia esso nei primi tempi della sua formazione.

---

1) Monografia citata nell'*Enciclopedia giuridica italiana* del Pessina. — Balestrini, *op. cit.* — Puglia, *op. cit.*

Ammettere un'altra teoria è gittarsi volontariamente in difficoltà ed incertezze senza numero; è risuscitare le oziose disputazioni scolastiche in cui si distingueva l'aborto dalla effiussione, il feto animato dall'inanimato, è non comprendere che l'aborto non è il feticidio, e che riducendo il problema alla sua vera espressione, cioè all'espulsione criminosa e prematura del prodotto del concepimento si rendono semplici le ricerche e se ne assicurano i risultamenti » [1]).

In tal modo il TARDIEU stabilisce in primo luogo che l'aborto è un reato distinto e indipendente dal feticidio, e secondariamente esclude la necessità della prova della vita o dell'attitudine vitale del feto. « Senza ciò, egli osserva, non si raggiunge quasi mai la prova del delitto che importa punire, perchè quasi sempre il corpo espulso viene disperso e non si può verificare cosa fosse ».

Lo scopo del dotto medico francese può essere senza dubbio ammirevole, ma è certo che i mezzi che egli propone sono giuridicamente inaccettabili.

Il CARRARA giustamente osservava che con tale dottrina si verrebbe a condannare come rea di procurato aborto la fanciulla che non è mai stata gravida quando per i ritardi dei suoi corsi, venuta in sospetto di essere incinta, abbia espulso un grumo di sangue [2]); poichè dato che il materiale dell'aborto sia completo con la prova delle manovre adoperate per espellere il prodotto di una concezione, la fanciulla nel caso summenzionato avrebbe esauriti secondo il TARDIEU gli elementi del reato, e per le sole manovre abortive, senza verifica del corpo espulso, verrebbe punita non per altro che per la mera intenzione.

Inoltre, mentre si vuole in tal modo escludere la necessità della presenza del *corpus criminis* nella prova dell'aborto, onde rendere più facile la punizione dei colpevoli, d'altro canto non può negarsi che il corpo espulso debba essere il *prodotto di un concepimento*, lo che vuol dire nè più nè meno che un *feto*. Ma quando non possa constatarsi che il corpo espulso fosse il prodotto di una concezione anzichè il risultato di una morbosità, non resta ad eliminare la contraddizione inerente

[1]) TARDIEU, *Étude sur l'avortement.*
[2]) Nota al § 1263.

alla dottrina del TARDIEU, che stabilire la presunzione di gravidanza a carico di ogni donna che sospetti di esser gravida.

Ad ogni modo, e per limitarci all'argomento che trattiamo, dall'opera del TARDIEU non risulta qual diritto sia leso col reato di aborto e che si dovrebbe riaffermare colla relativa sanzione penale.

Noi crediamo piuttosto col PESSINA che non s'abbiano a complicare con le ricerche sull'essenza del reato le ricerche relative alla prova, e le considerazioni sulla difficoltà della prova in alcune figure di fatto.

Questo addensarsi di idee eterogenee confonde la mente anzichè rischiarare il problema, ed il CASPER afferma che anche provate le *manovre criminose* non sia possibile provare che l'aborto sia l'effetto necessario di questa causa [1]).

§ 6. — *Dottrina del Vigliani.*

Volle taluno riconoscere l'obiettivo giuridico del reato di aborto nel buon costume [2]), ma poichè una tale opinione non è stata accolta che da pochissimi, credo non sia il caso di fermarmi lungamente su di essa.

Altrove [3]) ebbi già occasione di dire che ormai dal senso ristrettissimo nel quale giuridicamente si assume la *moralità*, è nato il senso ristretto della formula *buon costume*, attinente soltanto a tutto ciò che si riferisce alla pudicizia e alla continenza.

Secondo la legge giuridica perchè un fatto lesivo del buon costume sia dichiarato punibile, occorre che alla sua intrinseca disonestà corrisponda un'offesa al diritto altrui da provocare la repressione dell'effetto antigiuridico.

Non v'è alcun dubbio che nei delitti rivolti contro la pubblica moralità o contro il buon costume non è essenziale l'offesa al diritto dell'individuo perchè il paziente può essere consenziente; non è essenziale un'offesa ai diritti di famiglia, chè questa suole anzi nel più gran numero dei casi mancare, e malgrado ciò il reato sussiste perfetto nel-

---

1) CASPEZ, *Medicina legale.*

2) *Progetto Vigliani,* n. 74.

3) COSTANZO, *Dei reati contro il buon costume e contro l'ordine delle famiglie.*

l'offesa al diritto pubblico che sia rispettato il senso morale dei cittadini.

Ma in questi reati, la cui obiettività giuridica risiede nella lesione del diritto che ha la società, considerata quale ente astratto, che il senso morale dei cittadini non sia turbato da atti che, siano in sè stessi, siano per le modalità colle quali sono commessi, si reputano dalla coscienza generale contrari alla pubblica moralità, in questi reati sono necessari due elementi: 1) che l'atto sia contrario alle norme generalmente ricevute, che costituiscono il pubblico senso morale; 2) che gli atti siano pubblici.

Ora si può affermare che tali elementi si riscontrino nel reato di aborto?

Abbiamo avuto occasione di dire come la coscienza pubblica non provi per l'aborto quell'aborrimento e quell'orrore che impongono al legislatore di punire un atto come contrario ad un sentimento sociale; ed è nota la quasi eccessiva indulgenza che la società dimostra verso questo fatto, disposta a compiangere più che a condannare chi cerca sottrarsi al disonore con un mezzo tanto pericoloso.

Quanto alla pubblicità, ove con essa non voglia confondersi quel vago rumore che è frutto di maligne dicerie, bisogna convenire che nel massimo numero dei casi essa manca del tutto.

Spesso non riesce a scoprirsi la verità con un regolare processo; come vorrebbesi quindi sostenere che il pubblico senso morale è offeso quando nessuno può con certezza affermare la gravidanza della donna, l'espulsione del feto, e l'efficacia dei mezzi adoperati?

E quello scandalo che si vorrebbe evitare non sorgerebbe ben più clamoroso, più spontaneo e più autorevole da investigazioni giudiziarie, che per quanto malsicure e infondate, non turberebbero per questo meno l'onore e la tranquillità di una misera donna?

§ 7. — *Dottrina del Pessina.*

Restano ad esaminarsi altri due obiettivi giuridici che si sono voluti scorgere nel reato di aborto.

Il primo è quello della *integrità personale* della madre, il secondo è quello della società.

In ambedue queste ragioni scorge il PESSINA [1]) la giustificazione della imputabilità giuridica dell'aborto, nell'ultima soltanto la ripone il PUGLIA [2]).

Il PESSINA dice: « Primieramente lo stato di gravidanza inchiudendo il fenomeno di una vita nel cui seno si va formando un'altra vita, destinata ad uscirne secondo le leggi fisiologiche, inchiude un rapporto giuridico che vuol essere mantenuto incolume.

« Imperciocchè la società umana dal momento del concepimento acquista un diritto al non essere perturbato dall'opera del maleficio il processo fisiologico per la formazione della nuova esistenza, che ad essa appartiene, e protegge appunto il nascituro in virtù di questo suo diritto. Il nascituro è per sè stesso una designazione non già di persona, ma di una legittima speranza della società umana, fondata sovra un processo fisiologico. Si tratta di un diritto sociale al quale si riannoda la legittima protezione dell'incipienza di vita, perchè si compia come vita nell'utero materno con tutte le condizioni per esser vita vera e reale fuori di esso ». Ed altrove: « Non si tratta di una vita che si annienta; l'annientarsi della vita presuppone la realità della vita. Si tratta invece dell'impedire che una vita si formi, arrestando il processo della sua formazione. L'incipienza della vita non va oltre; ed è impedito il compimento di essa, o per meglio dire la sua costituzione a vitalità vera ».

E prosegue: « In secondo luogo il processo patologico che attraversa il processo di formazione della nuova vita concepita non è solo distruzione del feto e però recisione della *spes vitae*, ma è lesione alla sanità corporea della donna pregnante, è possibile cagione di gravi sconcerti al suo benessere fisico, e sia per sè stesso sia per la natura malefica dei mezzi che si adoperano ad ottenerlo, come i farmachi nocivi, velenosi o le manovre violenti, è spesso cagione di morte alle donne che vi soggiacciono ».

Per il PESSINA adunque come è impossibile di procurare l'aborto senza spiegare un'attività qualsiasi sulla persona della donna pregnante, così questo reato è di natura complessa in quanto lede ad un tempo due rapporti giuridici.

---

1) *Aborto procurato*, nell'*Enciclopedia giuridica italiana*.
2) *Il reato di aborto*, nel *Filangieri*.

Io qui non starò ad osservare come, per quanto varii possano essere i rapporti giuridici violati da un reato, questo per il canone d'ermeneutica legale della *prevalenza* debbasi come ad unico obbiettivo considerarsi rivolto.

Mi limiterò ad esaminare l'obbiettivo della integrità personale, riserbandomi di parlare in seguito di quello della società, per riportare contemporaneamente la teorica del PUGLIA.

Nel caso che la donna pratichi sopra sè stessa l'aborto, o consenta che altri lo pratichi sopra di lei, parmi inutile il dimostrare come non sia possibile che si ravvisi nel fatto lesione personale di sorta.

Dirò solo che in riguardo alla donna osta il noto principio che l'uomo non ha diritti sopra sè stesso, e quindi ha piena balìa di disporre delle sue membra, consentendone, come dice il CARRARA [1]), anche la lesione per procacciare a sè un migliore vantaggio; e quanto al terzo che opera sulla donna consenziente, l'altro principio non meno assoluto del *volenti non fit injuria*.

Non sarà vano a questo proposito ricordare gli ammaestramenti di tutti i filosofi che consigliano di lasciare agl'individui la più grande larghezza possibile in tutti i casi nei quali non possano nuocere che a loro stessi, perchè essi sono i migliori giudici dei propri interessi.

Inoltre noi non neghiamo, che la facilità di avverarsi nello abòrto la morte o un grave sconcerto nella salute della donna costituisca un serio pericolo per la medesima, ma dagli insegnamenti concordi dei medici legali, e dai risultati delle statistiche ostetriche siamo condotti a confidare che, cessata in genere la persecuzione dell'aborto contro le madri, queste ricorreranno più facilmente a persone perite dell'arte medica, e si eviterà così la maggior parte delle sventure che oggi si lamentano.

Quanto al terzo che violentemente o fraudolentemente procuri l'aborto ad una donna è evidente che nel caso di un grave danno alla salute della donna o di morte, noi ci troveremo di fronte ad un vero e proprio reato di lesione personale o d'omicidio che venga in pregiudizio della donna commesso, e dovranno quindi applicarsi le regole generali, e dovrà per il noto principio della prevalenza ritenersi il fatto come un reato contro le persone.

---

[1]) Parte speciale, § 1405.

Quando invece l'aborto siasi avverato senza grave detrimento della salute della donna non v'è dubbio che si avrà il reato di procurato aborto, nel quale si riscontra una lesione al diritto della madre, ma, a parte che questo è un caso specialissimo, resta a vedere se il diritto prevalente debba essere quello della integrità personale per il *pericolo corso* ovvero, quello della *delusa maternità.*

§ 8. — *Dottrina del Puglia.*

Ed ora ci resta ad esaminare l'obiettivo giuridico della società.

La società ha essa veramente un diritto che la formazione della esistenza del nascituro non venga turbata?

Abbiamo veduto come il PESSINA risolva affermativamente la questione, ed alla stessa opinione giunge il PUGLIA, il quale si sforza di dimostrare la teorica che propugna.

Il PUGLIA così enuncia lo scopo che si propone: « Se col riporre l'obiettivo del reato di aborto nella vita del feto si proclama la impunità, se l'impunità è sprone al delitto e quindi causa di maggiori mali per la società, e ciò risulta chiaro dalla statistica, se le dottrine che cercarono dare altro obiettivo al reato di aborto riescono all'ingiustizia, bisogna dire che la società non è per nulla garentita sotto questo riguardo nell'attuazione della legge giuridica, e che gravi lesioni del diritto sfuggono ai fulmini della giustizia punitiva. Tentiamo adunque di trovare una nozione giuridica di questo reato più esatta e tale che non lasci impunito il maggior numero dei colpevoli e non vacilli l'ordine sociale ».

È facile l'osservare come da questo ragionamento traspare la preoccupazione di volere ad ogni modo punito l'aborto. Io però ammetto che si faccia di tutto per stabilire esattamente la vera e reale obiettività giuridica di un reato, ma credo che se in molti casi non si riscontra lesione alcuna di diritto sia molto più giusto il non riconoscere in questi casi reato di sorta. Credo che, come in tutte le scienze positive, anche nel Diritto penale debbano bandirsi i preconcetti e non debbasi affermare *a priori*: Quest'azione costituisce reato e quindi è d'uopo ricercarne nella lesione di un diritto l'obiettivo giuridico; ma che soltanto allora che siasi constatata una lesione di diritto, l'azione debba assumere figura di reato.

Il PUGLIA (§ 12) ragiona in questo modo: « Lo Stato è il tutore della specie umana, e come nel diritto civile provvede a questa tutela con prescrivere le condizioni per la capacità fisica dei coniugi, donde gl'impedimenti civili creati appunto affinchè l'arbitrio dell'individuo non rechi danno alla fecondità della specie, così anche deve provvedere a che non si distrugga quel fatto alla cui origine aveva provveduto con misure preventive. Ora alla distruzione del germe (o genere?) umano si perviene facilmente col procurare l'aborto, e quindi lo Stato ha il diritto di punire, perchè ha il dovere intrinseco alla sua natura di aver cura della specie umana..... indubbiamente deve riconoscere un reato nell'aborto, perchè con esso si attenta alla sua esistenza naturale col cagionare lo scemamento della popolazione e quindi col minacciare la distruzione della specie, base della società ».

Io confesso che non avevo mai interpretato le disposizioni del Codice civile sul matrimonio come provvedimenti a tutela della specie umana, nè credo sia esatto il concetto che delle funzioni dello Stato qui ci dà il PUGLIA. A parte del resto che è sempre pericoloso di argomentare, secondo il diritto civile, nella sfera penale, mi sembra che se ciò che afferma il PUGLIA fosse vero, conseguenza necessaria della sua dottrina sarebbe lo scioglimento dei matrimoni sterili nel civile, e nel penale la punizione di tutti gli atti che danneggiano o distruggono la fecondità o che preventivamente impediscono la gravidanza. Il PUGLIA infatti, prevedendo queste obbiezioni, giunge al punto di dire che data per ipotesi (poichè egli non l'ammette in fatto) la generalizzazione della prava abitudine d'impedire la fecondazione, il legislatore potrà provvedervi nel miglior modo opportuno.

Ma una tale ingerenza dello Stato che, confondendo la morale col diritto, sarebbe la più potente violazione della libera personalità umana, è tal cosa che non si discute nemmeno.

È principio assoluto che ciascuno deve esser libero di seguire o non seguire i precetti della morale, libero di esser virtuoso o di non esserlo. È soltanto quando egli esorbiti dalla cerchia dei suoi diritti individuali, ossia quando la sua attività venga a collidere coi diritti altrui che lo Stato può intervenire per ristabilire l'ordine giuridico turbato.

In tutti gli altri casi il vizio, per quanto turpe, dannoso e deplorevole, sfugge dal dominio della legge giuridica per rientrare sotto forma di peccato nella legge etica o morale.

Ci condurrebbe troppo lungi però ed esorbiterebbe dai limiti e dall'indole di questo lavoro il discutere minutamente la dottrina del PUGLIA, e rimandiamo del resto alle opere del CARRARA [1]) e del BALESTRIERI [2]) coloro che avessero vaghezza di conoscere particolarmente le ragioni per le quali non si può accettarla.

Diremo solo:

1.° Che non è esatto che lo Stato abbia la funzione di proteggere e tutelare gl'individui prima che colla nascita abbiano acquistato una personalità giuridica. Se neghiamo al feto un diritto alla vita, non possiamo riconoscere allo Stato la tutela di questa vita, per sè stessa.

2.° Che non è esatto che l'aborto cagioni lo scemamento della popolazione o che debba considerarsi come una causa non naturale di mortalità, e potrà soltanto dirsi che l'aborto tende ad impedirne l'aumento; il che non è la stessa cosa.

3.° È un paradosso che l'aborto minacci la distruzione della specie, e se la società non può essere menomamente compromessa dall'aborto (perchè la riproduzione della specie è raccomandata a tali energie naturali da non richiedere sanzioni legislative) cade la ragione della difesa sociale sulla quale il PUGLIA fonda la sua dottrina.

Potrebbe solo osservarsi che siccome lo Stato ha interesse a che non s'impedisca lo aumento della popolazione, su questo interesse appunto fondasi il diritto che ha di punire lo aborto.

Contro questo interesse però sta il fatto certo che l'aumento della popolazione non è in senso assoluto nè un bene nè un male, e che se è innegabile che l'aborto come il suicidio e come l'emigrazione costituisce una piaga per la società, esso non è, come dice il BALESTRINI, che uno dei sintomi di mali ben più grandi, ed aumenta o diminuisce d'intensità secondo le condizioni tristi o liete della società stessa.

Io non nego che il principio del MALTHUS che l'uomo e la donna commettono il più grande dei delitti mettendo al mondo delle creature che essi non possano nutrire, curare, istruire, educare, sia ancora discutibile, e convengo che non si può in senso assoluto affermare che la popolazione sovrabbondante sia la sergente principale del paupe-

---

[1]) *Pensieri sul procurato aborto,* Lucca 1882.

[2]) *Op. cit.,* pag. 64 e seg.

rismo, dell'ignoranza, del crimine, delle malattie e della morte prematura, ma è certo però che qualunque sia la parte di verità che nelle dottrine malthusiane si voglia riconoscere, gli avversari sono ancora ben lungi dall'aver provato che sia certa la conclusione opposta.

E fino a quando non si riesca (cosa invero molto difficile) a dimostrare che lo Stato ha un reale interesse a che l'aumento della popolazione non venga impedito, non si potrà su tale interesse fondare il diritto dello Stato di punire l'aborto.

Ed anzi il BALESTRINI va ancora più oltre e dimostra come non solo la nascita di un uomo non rappresenta in tesi generale un vantaggio per la società, ma nel caso appunto dell'aborto la nascita rappresenterebbe una probabilità grandissima di danno.

È indubitato infatti che la massima parte di quei fanciulli che la sanzione della legge penale contribuisce a far nascere, distogliendo le madri dall'abortire, è per la natura stessa delle cose destinata ad ingrossare le file degl'illegittimi e dei trovatelli, o quelle, già pur troppo così dense, del pauperismo.

Ora non si può negare da un canto che questi infelici non siano un grave peso per la società, sulle spalle della quale vanno in grandissima parte a ricadere, dall'altro che la ruota dei trovatelli non sia che una grande e melanconica ecatombe, come la chiama il BOCCARDO.

Da rapporti ufficiali risulta che nella provincia di Siracusa la mortalità media dei trovatelli nell'aprile del 1884 oscillava intorno al 73 % per la provincia, e che nel brefotrofio di Modica si faceva *un macello di creature umane, una vera strage degl'innocenti*. Basti dire che nel detto stabilimento risultavano entrati 1459 trovatelli e morti 1456, essendone sopravvissuti soli 3.

La lacrimevole eloquenza di tali cifre rende superfluo ogni commento!

Il QUETELET [1]) così spiega questa spaventevole mortalità: « La funesta eredità del vizio non colpisce solamente il fanciullo prima della sua nascita, ma lo perseguita lungamente dopo che sfuggì quel primo pericolo, e la miseria aggrava bene spesso il male.... La produzione

[1]) *Fisica sociale*.

dei fanciulli illegittimi merita una particolare attenzione soprattutto sotto il rapporto politico, e dovrebbe essere oggetto delle più serie ricerche, perchè tende a spargere un numero sempre crescente di individui sprovvisti dei mezzi di esistenza, i quali diventano un peso per lo Stato: d'altra parte questi individui di organizzazione ordinariamente debole, giungono raramente alla maturità, per cui non lasciano neppure la speranza di compensare un giorno i sagrifizii che si fanno per essi ».

In tal modo credo di avere sommariamente esposto le ragioni per le quali la teoria che considera l'aborto come un reato contro la società non possa accogliersi.

Lo stesso PUGLIA con ammirevole lealtà del resto in uno scritto posteriore [1]) ebbe a convenire di aver *serio dubbio* se possa riconoscersi un diritto nella società a non veder perturbato dall'opera del malefizio il processo fisiologico per la formazione della nuova esistenza, senza porre *un fondamento razionale* a questo diritto e senza dimostrare il fine da raggiungersi per esso, ma invece col metter per base un semplice fatto.

Questo dubbio che egli rivolgeva al PESSINA, sarà certamente applicabile anche alla sua teorica.

§ 9. — *Dottrine del Lucchini e del Balestrini.*

Dopo aver così dimostrato come nessuno degli obiettivi giuridici che si sono voluti attribuire all'aborto procurato possa accogliersi, è facile comprendere che conseguenza logica di tale dimostrazione sarebbe la esclusione dell'aborto dal novero dei reati, poichè è canone fondamentale del diritto di punire che non si elevino a reati se non quei fatti il cui carattere giuridicamente lesivo emerga evidente ed abbia concreta manifestazione. Ma noi, lo abbiamo già detto, non vogliamo ciò sostenere e crediamo soltanto che nella maggior parte dei casi il procurato aborto non operando una lesione giuridica positiva e certa debba esulare dal campo del diritto penale, costituendo, se vuolsi, una grave immoralità, pur consentendo che il procurato aborto sia punito come reato in alcuni casi speciali e sotto determinate condizioni.

Dei criminalisti contemporanei, primo il LUCCHINI [2]) sostenne per

1) Filangieri, anno 1882.

2) Monografia citata nel *Digesto italiano*.

ragioni di utilità questa idea, la quale fu svolta di poi e lumeggiata dal BALESTRINI [1]).

Col LUCCHINI però, ad onta del rispetto che nutriamo per lui, non possiamo convenire nè in riguardo alle ragioni puramente utilitarie della quasi costante scriminazione dell'aborto, nè in riguardo al diritto alla vita che egli riconosce nel feto.

Non crediamo privo d'interesse però il riportare un brano della sua pregiata monografia: « Invero dopo aver rilevato quanto incerta e contrastata proceda la vita umana nel feto, quanto riesca malagevole, problematico determinare la sua facoltà vitale, come sia estremamente difficile stabilire la sussistenza dei diversi elementi che concorrono a comporre l'ingenere, e come la scienza non somministri che scarsi, dubbi e dibattuti criterii per accertare le molteplici e variabili circostanze che vi hanno attinenza, si presenta al pensiero, facile, sembra a noi, la questione se la perseguibilità del procurato aborto non debba circoscriversi in dati limiti, a determinate condizioni, il concorso delle quali ne spieghi e legittimi meglio la punizione, e neutralizzi almeno idealmente tutta quella serie di ostacoli e di difficoltà, che in linea politica e di economia giudiziaria indurrebbero a trascurarne la sociale incriminazione.

« Già al consorzio civile non può interessare grandemente lo incrudelire verso una gracile creatura che, spinta quasi irresistibilmente dal pensiero del proprio onore e della propria riputazione, od anche per la tema di quel terribile cimento che è il parto (nella preparazione del quale si suol talora turbare e disordinare eziandio la mente della gestante), si decide ad attentare alla carne della propria carne, ponendo a repentaglio la propria salute e la vita; non può interessarle nè per intento giuridico di proteggere un ipotetico nascituro o la madre, nè per intento politico d'impedire un pregiudizio all'incremento della popolazione, che senza posa si va moltiplicando con incessante sgomento degli economisti.

« Onde poter giustificare del resto la severità sociale verso la misera, per solito tradita fanciulla, che attenta al frutto del proprio ventre, converrebbe che prima la società fosse ben fatta sicura d'aver provve-

[1]) *Op. cit.*

duto o di poter provveder quanto basta alla protezione legale dell'onore e della naturale ingenuità e fragilità femminile contro le perfide e fatali insidie della seduzione ».

Per queste ragioni (in alcune delle quali prevale il sentimento) il Lucchini pur conservando al procurato aborto il carattere di delitto contro la vita delle persone, e ciò relativamente alla individualità in elaborazione del feto, proponeva che se ne subordinasse la perseguibilità alla querela:

della donna se le manovre abortive furono adoperate senza il suo consenso;

del terzo interessato che per ragione di rapporti familiari od economici possa muovere legittima doglianza del procurato aborto: ciò tanto in riguardo della donna operante da sè sola o col sussidio altrui, quanto in riguardo del complice naturalmente unito nella stessa causa.

Non sarebbe subordinato alla privata querela il delitto del terzo che avesse cagionato la morte od una grave lesione alla donna.

Più esatte crediamo siano le idee svolte sul proposito dal Balestrini, il quale sviluppa meglio alcune delle ragioni messe in evidenza dal Lucchini ed altre ne aggiunge, non trascurando quelle di ordine giuridico.

Egli afferma che di regola l'aborto procurato non potrà considerarsi come delitto, e se ne debbono eccettuare soltanto quei casi specialissimi in cui la procurazione dell'aborto includa la lesione di un diritto.

E riguardo a ciò credo che nessuno potrà non essere di accordo coll'egregio autore.

Dove però ci discostiamo da lui si è nello stabilire le varie figure criminose che può assumere la prematura espulsione del feto.

« Un primo gruppo di azioni incriminabili, egli dice, come reati contro l'ordine delle famiglie si è quello offertoci dai vari casi di aborto provocato dalla donna maritata in odio del coniuge sopra il prodotto di legittimo concepimento ».

In ciò ci duole di non potere convenire, perchè riteniamo che non possa mai imputarsi come delitto lo aborto procurato dalla donna su sè stessa.

Osserviamo in primo luogo che per accogliere l'opinione del Bale-

STRINI dovrebbe riconoscersi un diritto nel marito sul prodotto della fecondazione; secondo, che questo diritto condurrebbe logicamente alla conseguenza di punire lo aborto non solo quando fosse procurato per odio al marito, ma sempre che esistesse il marito non consenziente, per qualunque motivo la moglie commettesse il fatto; in terzo luogo che questa opinione è pericolosa essendo facile il trascendere per giungere fino a giustificare il diritto della società alla vita del feto.

Infatti per quanto si dica che essendo il prodotto della fecondazione opera di entrambi i coniugi, non può essere disperso per volontà di uno solo di essi, è certo che una grandissima disparità esiste fra il diritto del padre e quello della madre.

A parte la incertezza del diritto medesimo, poichè il concepimento è un segreto della natura che si rivela nei suoi effetti soltanto dopo un certo spazio di tempo per cui la prova diretta ne è non solo rara e difficile, ma del tutto impossibile, sta il fatto fisiologico dell'assoluta preponderanza dell'opera della madre nella formazione del feto su quella del padre, per quanto questa sia egualmente necessaria.

Ricordiamo che durante il periodo della gestazione il feto non ha una vita a sè stante, ma dipendente da quella della madre ed a questa intimamente connessa, e i giureconsulti romani dicevano *partus enim antequam edatur mulieris portio est vel viscerum.* È solo col fatto della nascita che il fanciullo nell'acquistare una propria capacità giuridica, entra a far parte della famiglia, ed è sottoposto alla patria potestà.

Su quale base del resto dovrebbe fondarsi il diritto del marito? Evidentemente il substrato di tale diritto non sarebbe il fatto naturale della fecondazione perchè questa esiste a prescindere da ogni vincolo di matrimonio, ed il BALESTRINI non ammette che in ogni caso di aborto venga leso il diritto del padre, ma soltanto allora che il padre è legittimo marito della madre.

La ragione prima adunque giustificatrice di tale diritto dovrebbe ricercarsi nel fatto sociale del matrimonio, per il quale secondo noi però il padre non acquista alcun diritto se non sulla famiglia *reale* ed *esistente.*

Noi adunque non riconosciamo nello aborto commesso dalla moglie su sè stessa lesione alcuna dei diritti del marito, diritti che ad ogni modo verrebbero ugualmente lesi, ove pur una tale dottrina volesse acco-

gliersi, qualunque fosse stato il movente che avesse spinto la donna a procurarsi lo aborto.

È principio indiscutibile infatti che la obiettività giuridica dei delitti risiede unicamente nella qualità del diritto violato, a prescindere dal loro motivo determinante.

Crediamo infine pericolosa la teorica del BALESTRINI quando dice che « l'aspettazione del marito, che era inerte nel rispetto della nascita, di fronte alle cause naturali che potevano frustrarla, diventa attiva e dà vita ad un vero e proprio diritto, nel senso che egli può pretendere dalla moglie e dai terzi che essi lascino sussistere quella aspettazione in tutta la sua integrità, fino al momento della condizione risolutiva », perchè è facile sostituire al marito la società ed all'aspettativa di costui quella della società stessa.

Lo stesso autore però in seguito conviene che « non mancherebbero eccellenti ragioni per ritenere che anche la lesione dei diritti del marito non meriti di essere tutelata con sanzioni penali, essendo tutte le fattispecie di reato sopra esposte[1]) certo più convenientemente punite col divorzio, colla perdita dei lucri dotali, dell'usufrutto legale, ecc., che col carcere o colla reclusione ».

Ed a ciò ben volontieri ci sottoscriviamo.

Un secondo gruppo di reati riguardo al quale concordiamo col BALESTRINI, che possono esser commessi col mezzo di procurato aborto è quello costituito dalle pratiche abortive eseguite sopra una donna maritata o no, senza il suo consenso o contro la sua volontà.

Sarà quivi il caso di applicare la teorica della prevalenza a seconda del diritto più importante, effettivamente leso; diritto che sarà quello della madre se l'aborto segua senza effettivo e rilevante detrimento della salute della donna, e sarà invece quello della integrità personale della donna se dalle pratiche abortive sia seguito un grave danno alla salute o la morte della madre. Il reato allora sarà molto più gravemente incriminabile sotto il titolo di lesione personale o di omicidio e sarà sottoposto alle regole comuni.

---

[1]) Il BALESTRINI pone come reato contro l'ordine delle famiglie il caso della donna legalmente separata dal marito, purchè si tratti di aborto procurato sopra il prodotto di legittimo concepimento avvenuto prima della separazione personale dei due coniugi. Altrettanto può dirsi della vedova che si sbarazzasse del prodotto del concepimento avvenuto legittimamente durante il matrimonio disciolto poi per la morte del marito.

§ 10. — *Conclusione.*

Che l'aborto procurato costituisca sempre una grave immoralità noi non neghiamo; sosteniamo però che il legislatore non deve punire se non quei fatti che ledono un diritto, lasciando al filosofo moralista il considerare la trasgressione dei precetti etici; l'obiettività giuridica di un delitto è data dalla qualità del diritto violato, ed è necessario quindi perchè un fatto possa elevarsi a reato che contenga una violazione di diritto.

Riepilogando quanto finora abbiamo esposto risulta che come regola generale l'aborto procurato non contiene nessuna di quelle lesioni di diritto, che i vari criminalisti hanno voluto ravvisarvi; non lede infatti l'ordine delle famiglie, non la vita del feto, non il buon costume, non l'integrità personale, non il diritto della società.

Nella lesione di quale altro diritto all'infuori di questi potrebbe rinvenirsi l'obiettività giuridica del reato di aborto? Evidentemente solo in un diritto della madre.

Dalla quale proposizione ci affrettiamo a trarre la conseguenza che l'aborto commesso dalla donna su sè stessa non può mai costituire reato; e non saranno quindi penalmente imputabili di delitto nemmeno i terzi che alla donna che aveva formata la volontà di abortire, prestarono i mezzi necessari per recare ad effetto il suo disegno.

Rimangono dei casi specialissimi di aborto: quelli nei quali i terzi abbiano procurato lo aborto della donna senza il suo consenso, o contro la di lei volontà ed in questi casi si può presentare una duplice ipotesi: O la donna ebbe a soffrire un grave danno nella salute o la morte in conseguenza delle pratiche abortive, ed è evidente che il titolo del reato sarà quello di lesione personale o di omicidio, sia o no avvenuto l'aborto; o questo si avverò senza grave danno nella salute ed allora soltanto si avrà il vero e proprio reato di aborto.

In questo caso il diritto effettivamente violato dal reato sarà quello della maternità, e la lesione quindi di tale diritto costituirà la obiettività giuridica del reato di aborto.

Nè sarà d'uopo di spendere molte parole per dimostrare il fondamento della punibilità di questo fatto.

Che la donna abbia indubbiamente il diritto che alcuno non turbi il processo fisiologico della gestazione che si compie in lei è cosa indiscutibile, come è indiscutibile del pari che la gestazione merita di per sè protezione dalla legge, da ogni offesa dei terzi, il marito compreso, astrazion fatta da ogni pericolo di danno nella salute della donna.

La donna se non ha il dovere giuridico di astenersi essa stessa da ogni atto che possa impedire la completa formazione del feto, ha però il diritto che la sua legittima aspettazione non venga delusa dai terzi, e che alcuno non adoperi su di lei violenza per la prematura espulsione del feto.

Nè a questo proposito ci si potrebbero ritorcere le obiezioni che abbiamo fatte in riguardo al diritto del marito, poichè da un canto la gestazione della donna è un fatto certo, apparente, ed indiscutibile, e dall'altro il diritto della madre si fonda su tale fatto naturale.

Non vi è una distruzione di vita o una offesa alla società ma vi è un impedimento alla evoluzione che si opera nell'alvo materno, ed un processo patologico che distrugge il processo fisiologico della gestazione che avviene nella donna.

Ogni qualvolta alcuno ciò faccia dolosamente deve rispondere di reato.

S'intende però molto facilmente che l'aborto può verificarsi oltre che per dolo per colpa, ed in questo caso siccome la contradizione fra il fatto e il diritto esiste astraendo dalla intenzione dell'agente, è certo che questo sarà imputabile secondo le regole generali sulla colpa.

Per conchiudere adunque noi diciamo che l'obiettivo giuridico del reato di aborto si riscontra esclusivamente nella violazione del diritto della madre a che non venga per opera altrui interrotta la gestazione.

Ciò stabilito, conviene parlare il più brevemente che sia possibile della prova di questo reato. Noi abbiamo avuto occasione di vedere come uno dei maggiori inconvenienti che si abbiano avuti a deplorare nelle diverse teoriche sull'aborto sia stato quello della difficoltà della prova, la quale conduce talvolta ad ingiuste condanne e tal altra a non giustificate assoluzioni.

Il Balestrini ha creduto di risolvere la questione in riguardo allo

aborto considerato come violazione del diritto del marito, ma, secondo noi, non ha evitato quegli inconvenienti che egli censura in altri autori.

Egli infatti quando ripone l'obbiettivo dell'aborto nella legittima aspettazione del marito durante la gestazione, aspettazione che si risolve nel diritto a non vederla turbata da chicchessia (nemmeno dalla madre!) è condotto a dire che nel caso di divergenza fra l'accusa e la difesa quando questa non riesca ad escludere la vita del feto nè quella a provarla anteriormente alle manovre abortive, devesi condannare purchè l'accusa possa sostenere e la difesa non possa escludere *la possibilità di una relazione concreta fra l'espulsione avvenuta e le manovre eseguite.*

Poichè, egli dice, il marito avrà ragione di affermare turbata la propria aspettativa di fronte al concepito.

In tal modo però egli riesce ad una severità che da un canto ci ha arrecata non poca meraviglia, data l'indole liberale dell'egregio Autore, mentre dall'altro la troviamo logica conseguenza della figura di aborto considerata come violazione di un diritto del marito che crediamo non possa giustificarsi.

Tanto varrebbe accettare la teoria del TARDIEU che il materiale dell'aborto sta nella prova delle manovre adoperate ad espellere il prodotto della concezione e nella prova della eseguita espulsione, senza occuparsi del *corpus criminis*, o quella del PUGLIA che sostiene la punibilità della espulsione violenta di qualsiasi prodotto (anche patologico) che si contenesse nell'utero.

Noi non possiamo accordare però che l'aborto sia un reato *formale* come lo si vorrebbe in tal modo configurare, e molto meno possiamo ammettere che si condanni senza la prova certa, concreta ed assoluta che esista una relazione di causa ad effetto fra i mezzi adoperati e l'evento avveratosi.

Nel dubbio sulla preesistenza del concepito e sulla efficacia reale dei mezzi impiegati crediamo che il condannare sia contrario ad ogni principio di equità e di giustizia, qualunque sia la teorica che si accolga e il diritto nel quale si riconosca l'obiettività giuridica dell'aborto.

Anche a voler ammettere, cosa che siamo però ben lungi dal concedere, il diritto nel marito, si deve convenire che per aversi la effettiva le-

sione della sua aspettazione a che la vita del feto si traduca in realtà, è necessario che tale aspettazione abbia ragione di esistere fondandosi in primo luogo sulla esistenza del feto ed in secondo sulla possibilità che tal feto giunga alla nascita.

Ma se questa aspettazione era vana o tale che non si sarebbe mai potuta realizzare, il condannare in base ad un *sospetto*, sia pure ragionevole, è sì enorme che ripugna così alla coscienza morale come alla giuridica.

L'*imputet sibi* è principio che può avere ragionevole applicazione solo in riguardo alle conseguenze di un fatto illecito, ma non può esservi legislatore che per tali conseguenze condanni senza la prova del fatto; ed i motivi di sospetto se possono servire di base al magistero della polizia, non possono giammai assumersi a sostituire la prova in un giudizio penale.

La teorica del BALESTRINI, che non è chi non veda quanto riuscirebbe funesta nella pratica applicazione, è conseguenza però, lo ripetiamo, della opinione di questo autore che considera l'aborto come reato contro il diritto del marito.

Assodato invece che l'obiettivo giuridico di questo delitto è soltanto il diritto della madre, che non venga impedito il fisiologico processo della gestazione, è facile vedere come tre siano gli elementi essenziali che lo costituiscono:

La gravidanza della donna.

I mezzi abortivi adoperati dal colpevole senza il consenso di lei.

La prematura espulsione del feto dall'utero materno, come conseguenza dei mezzi adoperati.

Ed è inutile aggiungere che tali elementi i quali debbono tutti concorrere nel fatto, debbano risultare in modo chiaro, certo ed assoluto provati perchè si possa parlare di reato.

Osserverà forse taluno che in tal modo si viene a restringere sì da esser quasi elimintata la incriminazione dell'aborto, ma ciò non ci farà certamente recedere dal principio che un fatto perchè possa costituire delitto deve contenere una lesione giuridica, e perchè sia punito deve essere in modo certo provato.

Del resto, ben considerando, ognuno potrà convincersi che la non incriminazione dell'aborto nella maggior parte dei casi non è quel gran male che a prima vista potrebbe sembrare.

Ricordiamo in primo luogo ciò che abbiamo già detto in riguardo alla coscienza popolare sul reato di aborto. La pubblica opinione non lo ritiene delitto e se le leggi lo considerano ancora come tale ciò devesi unicamente attribuire al rigore della tradizione ed alla insciente repugnanza di lasciare impunito un fatto la cui etica immoralità, non quella giuridica e politica, si presenta tanto elevata.

Ma è derisorio l'effetto che si ricava dalla penalità come lo dimostra la statistica degli scarsissimi processi per aborto e quella ancora più esigua delle rarissime condanne.

Nei pochissimi casi poi in cui abbiano luogo procedimento e condanna, questa, considerata quasi come una disgrazia personale anzichè un atto di giustizia, non giova che a suscitare una grande commiserazione per l'imputata, senza certamente produrre alcun vantaggio per la società ed i costumi. E valga in ciò il principio stabilito dal Beccaria, che in ogni delitto che per sua natura dev'essere il più delle volte impunito, la pena diviene un incentivo.

Aggiungasi che la ingerenza del provvedimento sociale coercitivo e inquisizionale in questa materia non può che aprir l'adito a funeste indiscrezioni eventualmente vessatorie che troppo grandemente minacciano la quiete e l'onoratezza delle famiglie perchè possa sperarsi che se ne ritraggano adeguati vantaggi.

A parte che la perseguibilità penale dell'aborto è sconsigliata anche dal pericolo di condanne ingiuste ed immeritate per la straordinaria incertezza della prova che soltanto in casi rarissimi potrà aversi piena e concreta.

E devesi pure notare che, essendo l'aborto una specie di sostitutivo dell'infanticidio e dell'esposizione d'infante, diminuirebbe il numero di questi reati ove fosse resa giuridicamente lecita la provocazione dell'aborto.

Un'ultima ragione che dimostra come la non punizione dell'aborto lungi dall'essere dannosa sia utile è che, abolite le disposizioni penali per il concorso nell'aborto, in questo fatto interverrebbe molto più spesso l'opera dei medici, i quali, usando i processi abortivi riconosciuti dalla scienza come meno pericolosi, eviterebbero un gran numero di quelle sventure che oggi sono da attribuirsi all'opera di persone ignoranti e di mal affare.

Queste persone sono il necessario prodotto delle leggi proibitive dell'aborto, abolite le quali si ha ragione di confidare che a poco a poco scomparirebbero per effetto dell'intervento benefico delle persone dell'arte.

Ma se pur l'apprezzamento di codesti risultalti non bastasse a convincere dell'impolitica ed inopportuna persecuzione penale dell'aborto, ce ne suggerirebbe l'abbandono il concorso di una migliore e più logica e più efficace sanzione inerente al fatto medesimo dell'aborto.

La conservazione della società è affidata a tali energie naturali da sperdere ogni triste presagio di coloro che credono pericoloso l'abbandonare le sanzioni penali dell'aborto; e quand'anche non vogliano attuarsi efficaci provvedimenti preventivi, sono sufficienti le sanzioni naturali per servire di freno alla soverchia diffondibilità dell'aborto.

Non devesi obbliare in primo luogo l'istinto della propagazione della specie che nella donna si eleva a missione che assorbe tutte le altre, l'istinto della maternità e della famiglia per il quale la madre ama i figli sebbene non ancora nati, ed infine il pericolo che è sempre inerente all'aborto, e che eserciterà un'azione considerevole sulle donne che per puro egoismo o per colpevole leggerezza volessero darsi a simili pratiche.

Moltissimi sono i fatti immorali i quali pur tuttavia non si perseguono perchè contro di essi per altra via, fuori dalla sanzione penale, v'è modo di reagire fruttuosamente e di questa importa usare con la maggiore parsimonia per custodirne la efficacia e la dignità.

E del resto, qualunque sia la misura nella quale possa diffondersi l'uso dell'aborto, questo, mentre da un canto serve di selezione artificiale, dall'altro non è se non la manifestazione delle tristi condizioni nelle quali può trovarsi in un periodo transitorio un dato popolo.

Per esaurire la dottrina del reato di aborto converrebbe ora parlare del tentativo di esso, ma crediamo più opportuno di farlo a proposito della vigente legislazione italiana.

CAPO III.

Del reato di aborto nella legislazione.

§ 1. — *Codice francese.*

Il Codice francese del 1810 prevede l'aborto all'articolo 317, che è così concepito:

« Chiunque con alimenti, bevande, medicamenti, violenze o con qualunque altro mezzo avrà procurato l'aborto di una donna incinta, abbia o no questa acconsentito, sarà punito con la reclusione.

« La stessa pena sarà pronunciata contro la donna che avrà procurato da sè stessa l'aborto, o che avrà acconsentito a far uso dei mezzi da essa indicati o apprestati a quest'effetto, se ne è seguito l'aborto.

« I medici, i chirurgi, ed altri uffiziali di sanità come anche gli speziali che avranno indicato o amministrato questi mezzi, saranno condannati alla pena dei lavori forzati a tempo, nel caso in cui avesse avuto luogo l'aborto ».

I commentatori di questo Codice deplorano unanimemente che il legislatore non abbia con diverse pene considerata la diversa gravità del caso che la donna acconsenta, e quella del caso che l'aborto siasi operato senza il consentimento della donna o contro la sua volontà.

Colui che faccia seguire l'aborto di una donna col di lei consentimento, diceva il Destriveaux, ferisce leggi naturali e civili solamente in rapporto al figlio; ma colui che faccia abortire una donna a sua insaputa o suo malgrado viola le stesse leggi in rapporto del figlio e della madre; esso inoltre espone costei ad un'accusa grave, la espone al rischio di esser tenuta complice del misfatto. Puossi mai mettere nella stessa linea colui che faccia, col di lei consentimento, abortire una donna clandestinamente incinta, e quello che a di lei insaputa faccia seguire l'aborto di una sposa legittima che porta in seno le speranze di un'intera famiglia?

La dizione della prima parte dell'art. 317, *quiconque aura procuré l'avortement,* ha dato luogo a qualche incertezza riguardo al tentativo

dell'aborto, essendo nella giurisprudenza prevalsa l'opinione affermativa di ritenere punibile anche il tentativo, mentre i più chiari autori son d'avviso contrario [1]).

Generalmente si dice che per quanto nel primo paragrafo dell'articolo 317 non si indichi come condizione necessaria che sia seguìto l'aborto, come esigono imperiosamente le altre due disposizioni riguardanti la donna che si procaccia l'aborto, e le persone dell'arte che in ciò la dirigono, e ciò potrebbe a prima vista far dubitare che fosse punibile anche il semplice tentativo, pur nondimeno cessa il dubbio se si considera:

1) che la legge non punisce se non colui che ha procurato l'aborto, espressione che di necessità suppone consumato il fatto;

2) che le persone dell'arte verso cui la legge è con ragione più severa, non essendo punite fuorchè nel caso in cui è seguìto l'aborto, sarebbe assurdo supporre che il tentativo da parte di persone estranee alla scienza medica potesse reputarsi criminoso, quando nol sarebbe da parte di coloro che per dovere, per istato e per coscienza debbono adoperar la loro arte a *conservare;*

3) che nel rapporto al Corpo legislativo il relatore della Commissione enunciava formalmente e senza distinzione che il solo tentativo dell'aborto volontario non doveva mai dar luogo a pena di sorta.

La Corte di Cassazione per evitare la contraddizione che il tentativo commesso dai medici rimanesse rimpunito, mentre commesso da chiunque altro va soggetto a pena, ha dichiarato che il medico contro cui il terzo paragrafo dell'articolo aggrava la pena in caso di aborto consumato, debba andar compreso nel primo paragrafo nel caso di aborto tentato.

Non si comprende però come la qualità di medico possa nell'un caso esser ragione di aggravamento della pena, senza esserlo nell'altro; e come la legge non tenga conto di questa qualità in un caso e nell'altro la metta a calcolo.

Inoltre in tal modo il tentativo in persona dei medici sarebbe punito meno severamente del reato consumato, e ciò data la teorica del

---

1) Legraverand, Carnot, Bourguignon, Haus, Chauveau-Hélie, etc.

Codice francese, per quanto giuridicamente inesatta, che il tentativo è parificato nella pena al reato consumato, implicherebbe una deroga-zione ad un principio generale.

Come potrebbesi ammettere che il tentativo e la esecuzione del-l'aborto, colpiti dalla stessa pena in persona di chiunque altro, fossero soggetti a pena diversa in persona degli uomini dell'arte?

Il LEGRAVERAND [1]) conchiude che pare difficile cosa cumulare maggiori sottigliezze e contraddizioni per giungere ad una decisione contraria al testo del Codice; e lo CHAUVEAU e l'HÉLIE [2]) affermano che tutte le contraddizione si dileguerebbero se si ammettesse come principio comune ai tre paragrafi che l'aborto non è punito se non quando è consumato. Il senso dell'articolo diventerebbe semplice, naturale, e le sue disposizioni si troverebbero in perfetto accordo fra loro.

§ 2. — *Codice germanico.*

Il Codice dell'impero germanico comprende il reato di aborto nel titolo XVI, fra i crimini e delitti contro la vita.

Il legislatore saviamente equipara l'aborto procurato alla uccisione del feto nell'utero materno. Ammette il concorso di circostanze attenuanti per la donna, nel qual caso la pena discende fino a 6 mesi di carcere e riguardo ai terzi prevede tre ipotesi progressivamente più gravi: la semplice prestazione dei mezzi; la prestazione dei mezzi quando l'aborto siasi verificato; la procurazione dolosa dell'aborto senza o contro la volontà della donna.

Il testo della legge è il seguente:

« § 218. La donna incinta che dolosamente si procura l'aborto, o uccide il proprio feto nell'utero è punita colla casa di forza fino a cinque anni.

« Se esistono circostanze attenuanti si applica la carcere non al di sotto di sei mesi.

« Le stesse pene si applicano a colui che col consenso della donna incinta le applica o somministra i mezzi per l'aborto o la uccisione.

---

[1]) *Traité de la législation criminelle*, I, 118.
[2]) *Teorica*, vol. II, § 2607.

« § 219. È punito colla casa di forza fino a dieci anni, chiunque dietro ricompensa ha procurato, applicato o somministrato ad una donna incinta, che si è procurato l'aborto o che ha ucciso il proprio feto, i mezzi a ciò necessari.

« § 220. Chiunque dolosamente procura l'aborto di una donna incinta o ne uccide il feto all'insaputa o contro la volontà di lei, è punito colla casa di forza non al disotto di due anni.

« Se tale azione ha cagionato la morte della donna incinta, si applica la casa di forza non al disotto di dieci anni o la casa di forza a vita ».

È notevole in tutte queste disposizioni la eccessiva severità delle pene, come del pari la latitudine lasciata all'arbitrio del magistrato, carattere quest'ultimo che informa gran parte delle legislazioni moderne.

§ 3. — *L'aborto nella legislazione inglese.*

In Inghilterra, come è noto, manca un vero e proprio Codice penale e non vi sono che delle raccolte di leggi.

Nel *Criminal Law Consolidation Act* è stabilito che « ogni donna incinta la quale, nell'intenzione di procurarsi un aborto, si somministrerà una pozione o una sostanza qualunque nociva, ovvero si servirà di un istrumento o di un altro mezzo qualunque indirizzato a questo medesimo scopo, e chiunque nell'intenzione di procurare l'aborto ad una donna incinta o no, somministrerà illecitamente, ecc., sarà colpevole di crimine.

Il nuovo progetto di Codice penale (1879) contiene delle disposizioni simili, se non che assegna come pena la *penal servitude* alla donna colpevole di avere adoperato dei mezzi per abortire, e cinque anni della stessa pena a chiunque somministra o procura illecitamente una pozione, una sostanza nociva, un istrumento, un oggetto qualunque che egli sappia potersi impiegare allo scopo di abortire, sia che la donna si trovi incinta o no, informata o meno dell'intenzione del colpevole.

In quest'ipotesi però è inutile notare che ci troviamo di fronte non già al reato di *aborto* ma bensì alla *propinazione del poculo abortivo*

o alla *esecuzione di manovre abortive.* In ciò il legislatore più che dal criterio di punire l'aborto, il quale non è che una semplice accidentalità del fatto, è stato certamente animato dalla idea di tutelare la integrità *personale* della donna la cui salute corre sempre un grave rischio.

§ 4. — *Codice olandese.*

Il legislatore olandese comprende l'aborto nel titolo XIX fra i *reati diretti contro la vita*, seguendo quasi testualmente le disposizioni del Codice germanico.

« Art. 295. La donna che intenzionalmente produca o faccia da altri produrre l'aborto o la morte del suo feto, è punita con la prigionia non maggiore di tre anni.

« Art. 296. Chiunque intenzionalmente produce l'aborto o la morte del feto di una donna senza il di lei consenso, è punita con la prigionia non maggiore di dodici anni.

« Se il fatto ha per effetto la morte della donna, è punito con la prigionia non maggiore di quindici anni.

« Art. 297. Chiunque intenzionalmente produce l'aborto e la morte del feto di una donna, col di lei consenso, è punita con la prigionia non maggiore di quattro anni e sei mesi.

« Se il fatto ha per effetto la morte della donna, è punito con la prigionia non maggiore di sei anni.

« Art. 298. Se un medico, una levatrice, o un farmacista è complice nel reato di che nell'art. 295, o colpevole o complice in uno dei reati di che negli articoli 296 e 297, le pene stabilite in detti articoli possono essere aumentate di un terzo, ed essi possono essere interdetti dall'esercizio della professione nella quale hanno commesso il reato ».

§ 5. — *Codice penale toscano.*

Il Codice penale toscano poneva l'aborto fra i reati contro la vita e la integrità personale. Ed elemento essenziale di questo reato era considerata la morte del feto sia nell'utero materno, sia in conseguenza

della espulsione prematura; se il feto, espulso immaturamente dall'utero, fosse vissuto, non poteva parlarsi di aborto.

L'art. 321 era così concepito:

« Quella donna la quale con l'uso di mezzi abortivi, dolosamente usati e fattisi applicare, ha tolto la vita al suo feto nell'utero, o si è sgravata di un feto immaturo, che è venuto a morire in sequela di essi, è punita come colpevole di procurato aborto con la casa di forza da tre a sette anni.

« Ma se, fecondata illecitamente, ha commesso il delitto per evitare sovrastanti sevizie, subisce la carcere da due a cinque anni ».

Secondo il PUCCIONI [1]), le parole *sovrastanti sevizie* dovevano contenere tre estremi:

1) che le sevizie fossero gravi, tali cioè da minacciare la donna nella vita o nella integrità personale;

2) imminenti, cioè certe ed inevitabili, sicchè non vi fosse altro scampo che quello di usare o farsi applicare mezzi abortivi onde sottrarsene;

3) provate e non soltanto asserite.

In questo articolo si considerava l'aborto commesso dalla donna, nell'articolo successivo si prevedeva la ipotesi che l'aborto provenisse dall'azione di un estraneo, sciente e volente la donna.

« Art. 322, § 1. Alla casa di forza da tre a dieci anni soggiace chiunque, con scienza e volontà della donna, le ha procurato l'aborto.

« § 2. Dove per altro dal fatto dell'agente sia derivata la morte della donna si decreta la medesima pena:

« *a*) da dieci a venti anni se l'agente sapeva che i mezzi da lui adoperati potessero produrre questo successo, e

« *b*) da cinque a dodici anni se l'agente non lo sapeva ».

Il legislatore qui non vi serviva per misurare la pena della teoria della *probabilità* e della *possibilità* di prevedere il funesto effetto, come altrove (omicidio, lesione personale) aveva fatto; ma procedeva con una regola più semplice e di più facile applicazione, constatando nel caso concreto se l'agente avesse o no scienza della letalità dei mezzi adoperati.

Nell'articolo seguente il legislatore prevedeva la ipotesi inversa che

[1]) *Codice toscano illustrato.*

l'aborto fosse procurato senza il consenso o contro la volontà della donna, distinguendo nella eventualità della morte la ipotesi che l'agente sapesse che i mezzi da lui adoperati potevano produrre tale effetto da quella in cui l'agente ciò ignorasse.

« Art. 323, § 1. Se l'aborto fu procurato da un altro senza scienza o contro la volontà della donna, il delinquente è punito con la casa di forza da sette a quindici anni.

« § 2. Per altro il delitto di che nel paragrafo precedente si punisce:

« *a*) coll'ergastolo, se ne derivò la morte della donna, e l'agente sapeva che i mezzi da lui adoperati potevano produrre questo successo; e

« *b*) con la casa di forza da dieci a venti anni, se ne derivò la morte della donna, e l'agente non sapeva che i mezzi da lui adoperati potessero produrre questo successo ».

L'ultimo art. 324, prevede l'aggravante dell'aborto procurato mediante abuso di arte che richiede matricola.

« Art. 324. Quando l'aborto sarà stato procurato da un altro, mediante abuso di un'arte che richieda matricola, il delinquente cui debba decretarsi la pena inferiore all'ergastolo soggiace ancora all'interdizione dall'esercizio della sua professione da due a cinque anni ».

§ 6. — *Codice penale sardo.*

Il Codice sardo collocava l'aborto fra i reati contro l'ordine delle famiglie, e a differenza del Codice toscano non richiedeva come elemento essenziale di questo reato la morte del feto.

Nell'art. 501 prevedeva anzitutto la ipotesi di chi avesse procurato con effetto l'aborto di una donna incinta col di lei consenso; di poi la ipotesi della donna che avesse da sè medesima procurato con effetto l'aborto, od avesse acconsentito a far uso dei mezzi pei quali seguì l'aborto, ed infine la ipotesi in cui l'aborto fosse procurato senza il consenso della donna.

« Art. 501. Chiunque con alimenti, bevande, medicinali o con qualsiasi altro mezzo avrà procurato con effetto l'aborto di una donna in-

cinta, la quale vi abbia acconsentito, sarà punito con la pena della relegazione da cinque a dieci anni.

« La stessa pena sarà inflitta alla donna che da sè medesima avrà procurato con effetto l'aborto, od avrà acconsentito a far uso dei mezzi pei quali è seguito l'aborto.

« Se la donna non vi avrà acconsentito, il colpevole sarà punito con la pena della relegazione non minore di anni dieci ».

L'art. 502 prevedeva la ipotesi della morte della donna commisurando la pena a seconda che la donna avesse o no acconsentito.

« Art. 502. Se pei mezzi usati al solo fine di procurare l'aborto segua la morte della donna, sia o non avvenuto l'aborto, il colpevole incorrerà nella pena dei lavori forzati, estensibile ad anni quindici, quando la donna abbia acconsentito a far uso dei detti mezzi. Questa pena potrà estendersi al maximum quando la donna non vi abbia acconsentito ».

L'articolo seguente disponeva circa la scusante che l'aborto fosse diretto ad occultare la prole illegittima, ma soltanto in riguardo alla madre.

« Art. 503. Nel caso di aborto diretto ad occultare prole illegittima, le pene stabilite nei due precedenti articoli potranno, quanto alla madre, diminuirsi da uno a due gradi ».

Seguiva la disposizione riguardante gli uffiziali di sanità che scientemente avessero indicati o somministrati i mezzi per opera dei quali si fosse verificato l'aborto.

« Art. 504. I medici, i chirurghi, gli speziali, le levatrici e qualunque altro uffiziale di sanità, che avranno scientemente indicati o somministrati i mezzi pei quali è seguito l'aborto o la morte, come è detto nei precedenti articoli, saranno puniti colle pene stabilite per gli agenti principali, le quali potranno essere accresciute di un grado ».

Nell'ultimo art. 505 il legislatore risolveva la questione del tentativo nel reato di aborto.

« Art. 505. Se l'aborto procurato non avrà avuto effetto, il colpevole sarà punito con la pena della relegazione estensibile ad anni cinque ».

Volle taluno, commentando questa disposizione, desumere dalla parola *il colpevole*, la esenzione di pena per la donna nel caso di reato

tentato o mancato [1]), ma i più non accettarono questa interpretazione troppo sottile e restrittiva.

Altri credettero che nell'art. 505 il legislatore avesse voluto considerare la sola ipotesi dell'aborto mancato, ma una sentenza della Corte suprema di Napoli (5 maggio 1879) stabilì che vi era compreso così l'aborto tentato come il mancato.

CAPO IV.

DEL REATO DI ABORTO NEL CODICE PENALE ITALIANO.

§ 1. — *Lavori preparatori.*

I sottocommissari AMBROSOLI e TOLOMEI nel Progetto del 16 maggio 1868 proponevano di collocare l'aborto procurato, nel titolo: *Dei reati contro le persone*, titolo che fu integralmente accettato dalla Commissione, salva la intestazione che fu così cambiata: *Dei reati contro la vita e contro la integrità personale.*

La seconda Commissione del 15 aprile 1870 accettò tale intestazione, ma deliberò di collocare l'aborto procurato nella classe comprendente i reati contro l'ordine delle famiglie.

E di tale deliberazione dava le seguenti ragioni: « perchè l'essenza del fatto punibile in questo reato consiste non già nel privare di vita un essere vivo e vitale, ma nell'impedire il libero svolgimento di una gravidanza incominciata mediante la prematura espulsione del feto, e nello scopo che questo esca morto, e per ciò stesso è coordinato non alla violenta distruzione di un essere già esistente, ma ad impedire violentemente che un'altra esistenza si aggiunga alla famiglia ed alla società. È questo il carattere che distingue il procurato aborto dall'infanticidio, e che giustifica pel primo di essi, attesa la sua minore gravità, una pena più mite. Se quindi non si può parlare della privazione di una vita che ancor non esiste, ma solo di una frustrata speranza di persona, i cui diritti dipendono dalla condizione che la sua esistenza

---

[1]) MANFREDINI e LUCCHINI, *Dizionario di giurisprudenza pratica penale.*

diventi un fatto fisico e legale, riesce più esatto considerare il fatto sotto l'aspetto della violazione dell'ordine della famiglia legittima o naturale, che avrebbe avuto diritto di annoverare fra i suoi membri il feto, ove fosse nato.

« Si aggiunga la considerazione dei gravi inconvenienti nella pratica ove un diverso concetto avesse la prevalenza. Se il procurato aborto dovesse essere considerato come un reato contro la integrità personale, non si potrebbe sfuggire alla necessità di provare che al momento del reato il feto era vivo.

« Or questa prova è impossibile allorchè trattasi di un aborto procurato nei primi mesi della gravidanza, mentre non è possibile sottoporre utilmente l'embrione espulso all'esame dei periti.

« L'incertezza intorno alla prova del fatto in genere condurrebbe pertanto, nel più gran numero dei casi, alla impunità dei colpevoli; e se si volesse sostituire alla prova una mera presunzione di vita, si cadrebbe nell'altro eccesso di pretendere una giustificazione talvolta impossibile, e sempre contraria al naturale diritto di difesa, ed alla giuridica presunzione dell'innocenza » [1]).

I Guardasigilli De Falco e Vigliani nei loro progetti del 1873 e 1874 seguirono le orme di quello della seconda Commissione.

Ma la Commissione istituita dal ministro Mancini nel Progetto del 18 maggio 1876 tolse l'aborto procurato dai reati contro l'ordine delle famiglie, e lo collocò nel titolo dei reati contro le persone.

I sottocommissari Casorati e Nocito dicevano che il reato di procurato aborto non dovrebbe essere compreso fra i reati contro l'ordine delle famiglie, specialmente perchè secondo i principii del moderno diritto, il concepito si considera già come persona capace di diritti, e primo fra essi quello di essere tutelato contro le offese di chiunque, fosse pure la stessa genitrice.

Nella seduta del 26 novembre 1877 la questione fu agitata dalla Commissione Ministeriale.

Il prof. Tolomei convenne nella proposta e nelle ragioni addotte a suo sostegno, mentre l'Oliva la combattè, specialmente in riguardo

---

[1]) Seduta del 20 dicembre 1869

alle dannose conseguenze che avrebbe avuto nella pratica applicazione.

« Se il procurato aborto si considera come un reato contro le persone, egli disse, è naturale che la difesa richieda dal Pubblico Ministero la prova che il feto era vitale, ovvero reclami almeno il diritto di fare essa la prova della non vitalità e, in ogni caso, di metterla in dubbio, poichè senza la condizione della vitalità il feto non può assumere il carattere di persona.

« Ora come si potranno mai dileguare dall'animo dei giurati, così difficili a persuadersi della vitalità anche nel caso d'infanticidio, i dubbi e le incertezze che facilmente accolgono nei loro animi e che un'abile difesa sa ad essi ispirare? ».

« PIROLI. Osserva che i reati debbono classificarsi secondo l'elemento prevalente che li specifica, e vi hanno casi di procurato aborto che non hanno alcun rapporto coll'ordine delle famiglie.

« BUCCELLATI. Propugna vivamente la proposta dei sottocommissari perchè l'effetto del reato è l'offesa alla personalità di chi è concepito, la quale personalità è pure riconosciuta dal diritto civile ».

La Commissione approvò la proposta.

Il Guardasigilli ZANARDELLI nel Progetto del 1883 mantenne l'aborto nel titolo dei reati contro le persone, di cui però cambiò la intestazione nell'altra *Dei delitti contro la vita e la integrità personale,* e tale classificazione fu seguìta del pari nei successivi Progetti SAVELLI e PESSINA.

Lo ZANARDELLI dice che fu a ciò indotto da due considerazioni:

la prima per non essere sempre vero che l'aborto procurato disturbi l'ordine di una famiglia, specialmente quando il concepimento della donna avvenga fuori della cerchia di una famiglia legittimamente costituita;

la seconda per la prevalenza del diritto leso, cioè il diritto della vita spettante al nascituro.

Queste ragioni lo ZANARDELLI tenne del pari di conto nell'ultimo progetto del 1887, che divenne di poi, salve lievi modificazioni, il Codice penale, dove l'aborto è considerato nel Capo IV del tit. IX che comprende i *delitti contro la persona.*

§ 2. — *Nozione dell'aborto nel Codice penale italiano.*

Il nostro legislatore seguendo la caratteristica che informa tutto il Codice penale ha omesso la definizione del reato di aborto, cercando invece di indicare con precisione gli elementi essenziali che lo costituiscono.

Quantunque manchi però nel testo della legge la definizione del reato di aborto, è facile, dalla Relazione del Guardasigilli sul Progetto, desumere che cosa il legislatore intenda per aborto e da quali criterii sia stato ispirato nello stabilire le norme punitive che riguardano questo reato.

« Sebbene il procurato aborto, egli dice, con cui spegnesi una vita non ancora definitivamente acquisita non possa equipararsi, nè per il grado della imputabilità, nè per l'entità della pena all'omicidio, pur tuttavia è certo che esso deve costituire un reato.

« La legge deve spiegare e spiega la sua protezione anche per il feto tuttora racchiuso nell'alvo materno, difendendo la vita dell'uomo fin dal momento della fecondazione e rigettando, come inumana, l'antica dottrina secondo la quale la donna, procurandosi l'aborto, non fa che un atto di libera disposizione del proprio corpo, e l'estraneo, facendola abortire, senza o contro il consenso di lei, d'altro non deve rispondere che di un'offesa verso di essa.

« Sulla nozione dell'aborto procurato è da osservare che non v'ha luogo a distinguere, come fa il Codice toscano, quantunque senza effetto sulla pena, tra uccisione del feto entro l'utero, ed espulsione del feto immaturo che sia venuto a morire in conseguenza dei mezzi artificiali all'uopo adoperati (art. 321).

« Siffatta distinzione, non accolta negli schemi precedenti, è oziosa, giacchè l'aborto criminoso importa ognora la *distruzione del feto*, avvenga questa dentro o fuori l'alvo materno. L'essenza del reato consiste diffatti *nell'impedire il processo fisiologico della maturazione del feto*, la quale può dirsi compiuta soltanto allora che avviene il parto normale ».

Premettiamo fin d'ora che noi non discuteremo dal punto di vista

scientifico la dottrina del legislatore italiano. Trattandosi non già di formare o di modificare la legge, ma solo di applicarla praticamente, ci limiteremo al compito modesto di illustrare le disposizioni esistenti, astenendoci da ogni censura che non potrebbe che riuscire inopportuna oltre che inutile.

Coloro che ci hanno seguito fin qui conoscono le nostre idee sulla perseguibilità penale di questa specialissima figura di delinquenza, e come secondo noi necessità giuridica e politica impongano di non imputare l'aborto se non nei casi rarissimi in cui siavi un'effettiva violazione del diritto della donna. Il legislatore italiano, informandosi ad un eccessivo sentimentalismo e obliando la separazione perfetta che deve intercedere fra la morale e il diritto non credette, in omaggio fors'anche ad un principio di tradizionalità, di cancellare dal Codice penale la maggior parte delle figure di aborto, e noi ancorchè discordi dalle sue idee ci inchiniamo reverenti alla maestà della legge.

La essenzialità giuridica adunque del reato di aborto secondo il Codice penale italiano consiste *nell'impedimento al corso fisiologico della gestazione e nella conseguente distruzione del feto.*

Ed è notevole che il legislatore non prevede l'acceleramento del parto come reato a sè, ma lo punisce solamente nel caso che sia conseguenza di una lesione personale. In questo caso il fatto rientra nel 1.° alinea dell'art. 372, costituendo un'aggravante della lesione [1]).

Ma se il parto prematuro abbia luogo senza lesione personale, non costituisce reato.

In tal caso, per quanto disonesta la causa, poichè il neonato sopravvive, manca, perchè si abbia l'aborto, l'estremo della morte del feto, e il legislatore ha in ciò seguito l'opinione del CARRARA il quale ammaestrava essere impolitico il minacciare una pena che potrebbe fornire una terribile spinta all'infanticidio [2]).

---

[1]) Art. 372. Chiunque senza il fine di uccidere cagiona ad alcuno un danno nel corpo o nella salute o una perturbazione di mente è punito con la reclusione da un mese ad un anno.

La pena è:

1.° della reclusione da uno a cinque anni, se il fatto.... commesso contro donna incinta, ne acceleri il parto.

[2]) *Programma*, parte speciale, §§ 1255 e 1264.

In medicina ordinariamente per parto accelerato intendesi l'eiezione del prodotto dell'utero dopo che sia compiuto il sesto mese della gestazione.

§ 3. — *Aborto procuratosi dalla donna. Estremi del reato.*

Il legislatore italiano prevede tre distinte ipotesi di procurato aborto.

La prima è quella dell'aborto procurato dalla donna (art. 381), sia che essa medesima abbia adoperati i mezzi necessari, sia che siasi servita dell'opera di un terzo.

Art. 381. « La donna che con qualunque mezzo adoperato da lei o da altri, col suo consenso, si procura l'aborto è punita con la detenzione da uno a quattro anni ».

Nell'articolo corrispondente del primo progetto del 1868 era indicata la definizione dell'aborto colla locuzione: *la donna che dissipa la propria gravidanza e partorisce un feto morto*, ma si tolse di poi come superflua sulla considerazione che l'aborto è un fatto abbastanza noto e definito dalla scienza, perchè ne sia necessaria una definizione giuridica.

Perchè si abbia questa prima figura del reato di aborto sono necessari quattro elementi:

1) La gravidanza della donna.

2) Il dolo.

3) I mezzi che si adoperino.

4) La conseguente distruzione del feto.

Esamineremo particolarmente questi quattro elementi costitutivi la essenzialità del reato, il concorso dei quali è necessario perchè si abbia l'aborto criminoso.

In primo luogo la gravidanza importa il materiale fisico del reato, sul quale deve adoperarsi la violazione del diritto e senza del quale questa non potrebbe aver luogo.

L'utero deve essere pregnante, poichè la distruzione degli ovuli non fecondati nella donna, sia pure allo scopo di renderla sterile, e di impedire l'effetto della fecondazione, è cosa certamente ben distinta dall'aborto.

Sembrerà forse a taluno strano che si noveri l'estremo della gravidanza della donna e s'insista su di essa parlando dell'aborto, poichè

è elementare che non può sussistere reato senza elemento fisico, ma cesserà senza dubbio ogni meraviglia quando si ricordino gli stranissimi fatti che sono avvenuti in tempi non molto remoti da noi e presso nazioni non meno civili della nostra.

Il MITTERMAYER [1]) riporta che in Sassonia fu punita una fanciulla la quale, credendosi gravida, fece atti esteriori diretti ad abortire, quantunque fosse lucidamente provato che non era mai stata gravida, ma che soltanto lo aveva creduto; ed il LUCCHINI [1]) racconta che, essendo a Londra un farmacista il quale faceva traffico clandestino ed illegale di sostanze abortive, a lui fu mandata una giovane in simulato stato di gravidanza la quale dopo viva insistenza ottenne il talismano richiesto, e poscia, istruitosi il processo, il farmacista fu condannato per complicità in tentativo di aborto [2]).

A tali conseguenze può dar luogo la funesta confusione fra un atto immorale e un atto antigiuridico, e la proclività a punire l'intenzione malvagia quantunque non susseguita da atto esterno che abbia potenza di violare il diritto.

Mancando quindi la gravidanza, manca l'elemento materiale del reato, e perciò laddove non possa provarsi che il prodotto prematuramente espulso era realmente un feto, non si potrà ammettere incriminazione di aborto.

Accade talvolta, che in conseguenza dell'aborto si espella una *mola* o prodotto patologico, nel qual caso poichè vera gravidanza non è mai esistita non può aversi nè aborto, nè tentativo di aborto. E noi crediamo che incomba sempre all'accusa l'onere di provare che risultato dell'aborto fu la eiezione di un vero e proprio prodotto del concepimento, poichè se il prodotto espulso non era che una morbosa produzione uterina manca la supposta esistenza del feto.

Per quanto rispondente però alle idee da noi sostenute, non possiamo per debito di lealtà ammettere di fronte al Codice penale italiano la teoria del LUCCHINI che il feto, perchè si abbia l'aborto, debba essere apparente, e che il prodotto della fecondazione non assuma tal forma e tal nome se non nel quarto o almeno nel terzo mese di gravidanza

---

1) *Del tentato aborto.*
2) *Op. cit.*

Quantunque prima di quest'epoca non si abbia che un semplice embrione, è chiaro che il nostro legislatore accoglie la opinione che la vita si trasfonde nell'ovulo fecondato, nell'istante medesimo del concepimento, donde viene che reato di aborto può riscontrarsi in qualunque epoca della gravidanza.

La prova della gravidanza può risultare dai seguenti fatti:

1.° soppressione dei mestrui;

2.° turgidezza dell'addome, che generalmente comincia a rendersi evidente nel 3.° mese;

3.° modificazione delle mammelle, rigonfiamento e colorazione dei capezzoli;

4.° movimento del feto che avviene di rado prima del quarto o quinto mese;

5.° pulsazione del cuore fetale;

6.° modificazioni nell'orifizio e nel collo dell'utero [1]).

Il secondo elemento costitutivo del reato di aborto è il *dolo* ossia la scienza della gravidanza e l'animo diretto a procurare l'aborto.

Il CARRARA dice che non importa che il colpevole si proponga il fine di uccidere il feto, bastando che la morte del feto sia un effetto dell'opera impiegata per l'espulsione dello stesso, *perchè il dolo speciale di questo delitto può consistere nel disegno di espellere un feto immaturo, quantunque senza intenzione di uccidere e nella speranza di espellerlo vivo* [2]).

Noi non accettiamo questa dottrina la quale crediamo che se poteva sostenersi in faccia all'articolo 321 del Codice toscano, non sia certamente sostenibile di fronte all'art. 381 del nostro Codice.

Il Codice toscano infatti faceva consistere l'aborto o *nell'uccisione del feto avvenuta nell'utero materno* o *nella morte del feto immaturo come conseguenza dei mezzi abortivi usati;* e tanto nell'uno quanto nell'altro caso provato, come dice il PUCCIONI [3]), che la donna aveva usato o si fosse fatti applicare gli abortivi con il pravo scopo di *uccidere il feto* che nell'utero gestava, ovvero di *espellerlo immaturo dall'utero*, si aveva il reato di aborto.

---

[1]) Vedi ZINO, MASCHKA, LAZZARETTI, DE CRECCHIO, *Trattati di medicina legale.*

[2]) *Programma*, § 1256.

[3]) *Op. cit.*, pag. 514.

E ciò stava benissimo, poichè o l'uno o l'altro fosse stato lo scopo propostosi dalla donna, il fatto rientrava sempre nell'ipotesi contemplata dal legislatore.

Ma il nostro Codice non parla che di *procurato aborto*, e non accenna menomamente all'idea della espulsione immatura del feto dall'utero; onde, per quanto rara possa esserne l'ipotesi, se l'imputata provi che lo scopo che si era proposto era quello di anticipare il parto e non già di uccidere il feto, io credo che si potrà parlare di parto accelerato, ma non già di aborto, poichè di questo reato mancherebbe l'elemento intenzionale, che consiste nel disegno di uccidere o distruggere il feto.

Convengo che la distinzione potrà sembrare sottile, ma il magistrato chiamato ad applicare la legge, ove di ciò tenga conto, insieme allo stato più o meno inoltrato della gravidanza e alle circostanze tutte del fatto, farà opera utile e giuridicamente esatta.

E che il nostro legislatore non confonda l'aborto col parto accelerato è chiaramente dimostrato dalle disposizioni sulle lesioni personali, dove tanto l'uno quanto l'altro reato sono considerati distintamente come conseguenze non volute della lesione personale.

Vero è che la differenza fra l'uno e l'altro reato la quale consiste appunto nella morte del feto scompare nel caso in esame, poichè anche nel parto accelerato la morte si avvera quantunque non voluta, ma quello che ci sforziamo di dimostrare è appunto questo, che non è giusto che venga confusa la donna che si propose la distruzione del frutto delle sue viscere e la ottenne, con colei che ebbe soltanto lo scopo d'anticiparne la nascita; che non è giusto cioè che ugualmente si tenga conto della medesima circostanza quando sia voluta e quando si avveri non voluta.

Non siamo poi affatto d'accordo con lo IMPALLOMENI [1]), del quale del resto è nostro costume ammirare l'acume e la dottrina, quando sostiene che la locuzione « *procurare l'aborto* » vuol dire *cagionare volontariamente l'aborto, agire in modo che l'aborto avvenga, non già volere l'aborto*.

O non abbiamo compreso la distinzione che l'illustre professore

---

[1]) *Codice penale italiano illustrato*, vol. III, pag. 202.

vuol fare fra *cagionare volontariamente* e *volere,* ovvero ci sembra che egli sostenga che data la volontarietà degli atti che produssero l'aborto, questo sia incriminabile come tale, qualunque sia stato lo scopo propostosi dal colpevole.

In ciò noi non possiamo convenire, poichè data la uccisione del feto, come elemento essenziale del reato, non basta perchè il fatto sia informato a dolo, che l'agente si proponga di cagionare la espulsione del feto, ma occorre che ne voglia anche la morte.

Si è fatta la questione se sia punibile l'aborto colposo, ma poichè, a parte che manca una tassativa disposizione di legge necessaria dove trattisi di punire azioni che non furono ispirate dalla *voluntas sceleris,* sarebbe, come dice il CARRARA, inumano aggiungere ai dolori della donna un processo criminale, conviene eliminarne nel senso più assoluto la punibilità.

Quanto ai mezzi adoperati per conseguire l'aborto, il nostro legislatore usa la frase generica « *qualunque mezzo* ».

In molti progetti si leggeva la frase *mezzi interni od esterni,* ma poichè l'usare mezzi interni od esterni non altera la natura e la qualità del reato, si credette opportuno sostituire a tale frase quella più generica e comprensiva *qualunque mezzo.*

E il Guardasigilli nella sua Relazione dice: « Inutile è la esemplifi-
« cazione dei mezzi impiegati per produrre l'aborto, quale si legge nel
« Codice del 1859; inutile indicare come fanno alcuni Codici che i detti
« mezzi possono essere interni od esterni, imperocchè quando la espul-
« sione del feto non sia avvenuta naturalmente, ma violentemente pro-
« vocata, si ha sempre l'elemento fisico soggettivo proprio di questo
« delitto ».

Non fu accolta nemmeno la proposta fatta dall'on. MAGGIORANI di aggiungere alla parola *mezzi* l'altra *idonei*, poichè in ogni aborto prima ricerca che deve farsi dal medico chiamato a giudicare sulla causalità del fatto, è quella appunto di apprezzare il grado di efficacia dei mezzi usati, ed è inutile dire che se i mezzi usati non fossero stati idonei, l'aborto dovrebbe riguardarsi siccome fortuito.

Per quanto sia principio indiscusso che i mezzi usati debbono essere efficaci ed idonei, non riesce così agevole come a prima vista può sembrare stabilire quali in senso assoluto siano tali, chè anzi vi sono

degli autorevoli medici legali che affermano non esservi alcun mezzo assolutamente abortivo.

Comunque sia, i mezzi che possono adoperarsi per conseguire l'aborto sono numerosissimi, e dovrà sulla loro efficacia sentirsi sempre il parere di una persona dell'arte.

Il volgo di ogni paese novera un' estesa quantità di droghe o di pratiche abortive, poche delle quali rispondono in realtà con efficacia al fine per cui si adoperano. Il medico perito prudente e savio avrà l'obbligo di sceverare tutto ciò che la credenza e il pregiudizio volgare può reputare abortivo, da quello che come tale ha ricevuto una mediocre o completa sanzione dalla scienza.

In generale i mezzi a cui più facilmente si fa ricorso possono essere o fisici o meccanici.

I mezzi fisici indiretti non operano sull'utero e possono solo influirvi per una scossa generale prodotta sull'organismo; tali sono le emissioni di sangue, i pediluvi, i bagni, i digiuni prolungati, i veleni minerali (arsenico, sublimato corrosivo, solfato di piombo, ecc.), le droghe irritanti e secondo alcuni le bevande alcooliche, ma la esperienza ne ammaestra che questi mezzi producono più facilmente la morte od altri gravi sconcerti organici anzichè l'aborto.

Si attribuisce invece la virtù di agire direttamente sull'utero o eccitandone le contrazioni allorchè sia pregnante o promuovendo l'attività mestruale, ad una categoria di farmaci che sono detti *emmenagoghi* e *ecbolici*.

Non ostante che tali qualità vengano del tutto negate a siffatti medicamenti da alcuni, non è men vero che vi hanno delle sostanze che indiscutibilmente le posseggono, tali per esempio, l'assa fetida, la segala speronata, la ruta, la sabina, l'ergotina, l'elleboro ed altre.

Però con tali sostanze è assodato che il movimento abortivo è piuttosto agevolato e rafforzato anzichè promosso primitivamente.

Fra i mezzi meccanici i soli efficaci sono: la puntura del sacco ammiotico, lo scollamento del medesimo dalla superficie interna dell'utero, il dilatamento del collo uterino, la irritazione indotta nel medesimo o nella vagina; mezzi tutti però che, messi in opera da persone inesperte, importano sempre un gravissimo danno e pericolo della donna.

A titolo di curiosità ricorderò che alcuni sostengono che anche il

succiamento delle mammelle fatto da persona adulta con forza e costantemente, o fatto artificialmente con l'applicazione di ventose, possa produrre l'aborto per le relazioni di grande simpatia organica che intercedono fra le mammelle e l'utero.

Giova frattanto ripetere che quando l'aborto sia avvenuto non è più l'indagine eventuale sull'assoluta efficacia dei mezzi che deve istituirsi, bensì quella soltanto sulla loro efficacia concreta e reale.

Laonde non si può che censurare la sentenza della Cassazione di Torino del 25 luglio 1878, che « in ordine ai mezzi adoperati, se im-« porta farne oggetto di questione ai giurati quando l'aborto è procu-« rato da persone estranee, per conoscere la maggiore o minore loro « responsabilità pel concorso prestato alla consumazione del reato « stesso, diviene affatto inutile parlare di mezzi quando è la donna « che ha procurato di per sè l'aborto; in questo caso basta il fatto del-« l'aborto, qualunque ne sia stato il mezzo da essa adoperato, per do-« verne rispondere alla giustizia (!) ».

Il quarto ed ultimo elemento della prima figura di aborto, comune del resto anche alle altre, è la distruzione del feto come conseguenza dei mezzi adoperati.

Non crediamo che secondo il nostro Codice si possa parlare di uccisione del feto perchè abbiamo veduto che soggetto passivo del reato può essere anche un embrione o un ovulo fecondato.

Dopo quanto abbiamo detto finora crediamo inutile il far rilevare, a quali inconvenienti darebbe luogo in pratica una simile disposizione se la legge dovesse sempre o nel maggior numero dei casi applicarsi.

Quel che è certo ad ogni modo si è, che, si ritenga pure possibile soggetto passivo del reato l'embrione o l'ovulo fecondato, non si potrà, come vorrebbe il CARRARA, senza violare ogni principio di equità e di giustizia, dare alla difesa l'onere della prova.

Le eccezioni ad un principio generale posto dalla leggge non si presumono mai, molto meno quando riuscirebbero a svantaggio dell'imputato, e poichè non si parla di prova in riguardo all'aborto, l'accusa dovrà sempre provare, ove trattisi di feto, che questo era vivo, e nel caso di una gravidanza incipiente, che questa nel momento in cui fu dissipata per opera del colpevole presentavasi ragionevolmente in condizioni da poter giungere a compimento.

Il legislatore comminando alla donna che si procura l'aborto la pena della detenzione da uno a quattro anni, ha creduto di non mostrarsi molto severo in considerazione dello stato d'animo in cui la donna incinta suole trovarsi, ond'è da attribuire a ben gravi ragioni o ad una grande commozione se essa si risolve, operando contro il naturale istinto materno ed esponendo a grave pericolo la propria salute, a sopprimere quella vita che le palpita nel seno.

Per concludere, diremo che secondo il Codice italiano sarà punibile per aborto procurato la donna incinta che usando mezzi idonei allo scopo di dissipare la propria gravidanza o distruggere il feto, avrà ottenuto l'intento.

Ma sarà punibile la donna incinta che avrà usato mezzi idonei per abortire, quando per circostanze indipendenti dalla sua volontà l'aborto non si avveri?

È in altri termini punibile il tentativo di aborto?

La questione fu dapprima sollevata e discussa dai criminalisti francesi i quali come abbiamo già osservato si pronunziarono in massima parte per la impunità.

Il Relatore al Corpo Legislativo formalmente diceva che lo schema di legge mirava a punire soltanto il reato consumato, perchè l'aborto non consumato oltre a non essere di danno alla società, è assai difficile ad accertarsi.

Il Berlier osservava che un'accusa di tentato aborto non può istituirsi senza scandalosa pubblicità e gravi disordini nelle famiglie.

Onde, poichè la creatura fu salva e la società non ebbe a deplorare alcun danno, è più improvvido cagionare sicuri disordini, propalando i vani conati della fanciulla, di quello che non sia pericoloso lasciarli impuniti sotto il velo del segreto.

L'Hélie riepilogando le ragioni che si oppongono all'incriminazione del tentativo di aborto diceva: « L'aborto anche quando è effettuato è av-
« viluppato di mistero; egli è malagevole l'assegnarne le cagioni e più
« malagole l'accertarle. Come potrà essere fatta quest'estimazione quando
« il tentativo è rimasto senza effetto? Come discernere nell'assenza di
« un fatto materiale, quali farmaci sono stati adoperati per ottenerlo?

« Il complice e la donna stessa non saranno autorizzati a dire che,
« se l'aborto è mancato, ciò è derivato dalla loro volontà, perchè da essi

« dipendeva l'aumentare la forza e la quantità delle droghe? E come « non avrebbe la legge receduto innanzi a simili procedimenti? Non « era un esporre le donne alle ricerche più vergognose e far dipendere « l'onore delle famiglie dagli indizi più incerti?

« Notate con quali precauzioni il legislatore procede in questa ma- « teria: non solo egli non incrimina il solo aborto tentato, ma copre anche « col suo silenzio il delitto consumato nella sua esecuzione, quando è « mancato nel suo effetto. Solo quando questo effetto è seguìto, ed « esiste un fatto materiale accertabile, egli permette alla giustizia so- « ciale d'intervenire; fino a quel punto gl'indizi erano troppo vaghi, « le prove troppo indecise; non dimentichiamo che il primo atto della « persecuzione è di accertare una gravidanza accuratamente celata, e « solo con in mano le prove di un delitto, la giustizia deve procedere « sull'onore di una donna. »

Ad onta di queste ragioni però, la Corte di cassazione francese con varie sentenze opinò diversamente.

Anche presso di noi moltissimi criminalisti e dei più autorevoli si mostrano contrari alla incriminazione del tentativo di aborto.

Riferiremo soltanto ciò che sul proposito dice il CARRARA:

« Le ragioni stesse che indussero tutti i savi legislatori a non con- « cedere a un Pubblico Ministero bigotto od indiscreto la libera ac- « cusa dell'adulterio, militano per negargli la potestà di gettare il tur- « bamento in una famiglia tranquilla perchè è venuto a sapere da « qualche fantesca maligna che la signorina illecitamente fecondata, in « un giorno di timore sorbì, ma senza effetto nessuno, una medicina « per abortire. »

Non vi è che la manìa di perseguitare ogni atto immorale (manìa pur troppo tendente ad usurpare nel giure punitivo quell'indebito predominio, che già si arrogò nel medesimo un fanatismo superstizioso e ignorante), non vi è che cotesta affettata suscettività, oggi tanto ostentata e mal rispondente ai costumi ogni dì più corrotti, che possa chiudere gli occhi ai mali certi conseguenti ad un'accusa di tentato aborto: e ostinarsi a volere dei processi scandalosi, i quali dovranno il più delle volte finire con un'assoluzione più probabile che deluderà in ultimo risultato i sitibondi di pene; ma lo scandalo sarà avvenuto, e la pace e il decoro di una famiglia saranno irreparabilmente sagrificati.

Sono queste le considerazioni che conducono una folla di criminalisti a negare la imputabilità politica dell'aborto inutilmente tentato dalla donna sopra sè stessa.

Questo in linea di dottrina; ma quantunque a noi, che non ammettiamo la punibilità dell'aborto consumato dalla donna su sè stessa, ripugni lo ammetterne la punibilità quando è solamente tentato, pur nondimeno ci sembra indiscutibile che in linea di diritto positivo anche il tentativo di aborto deve ritenersi punibile una volta che la legge nulla dispone in contrario.

L'aborto, ove lo si consideri come reato, consta di più atti successivi e come tale ammette il conato purchè l'azione risulti idonea per atti esecutivi e per mezzi efficaci.

Si volle invero dalla prima Commissione del 1868 escludere il tentativo nell'aborto principalmente sulle considerazioni dell'AMBROSOLI il quale diceva che altrimenti si correrebbe il rischio di aver ogni giorno processi importuni e scandalosi e per di più senza verun risultato, giacchè se i mezzi adoperati non conseguirono l'intento è da presumere che erano inidonei. E le stesse osservazioni faceva il TONDI anche pel caso in cui il tentativo sia commesso da altri senza il consenso della donna.

Egli diceva che manca la scienza di basi precise e sicure per determinare la vera efficacia dei mezzi dell'aborto. Ora essendo principio fondamentale che non esiste tentativo, quando i mezzi adoperati sono inefficaci a consumarlo, come potrà reputarsi tentativo di aborto l'uso di mezzi che *in fatto* mancarono di efficacia e che la scienza non può incontestabilmente dichiarare efficaci?

D'altronde se non si tien conto (e giustamente) del tentativo commesso dalla pregnante o col costui consenso, onde non spingere le indagini della giustizia nei segreti famigliari quando niun danno è derivato, nè reale nè politico, gli stessi argomenti consigliano a non ammettere le indagini anche nel caso di tentativo fatto su donna non consenziente.

Se il tentativo non ha recato nè a lei nè al feto alcun nocumento, perchè molestarla nell'interesse di una giustizia astratta che il più delle volte non potrà neppure ottenere il suo scopo per lo scoglio della non provata sufficienza dei mezzi adoperati? Basta pertanto colpire il

fatto quando si può farlo con certezza, perchè si conoscono gli effetti, sia che consistano nell'aborto o in una lesione derivata dall'uso dei mezzi destinati all'aborto.

La Commissione però deliberava di mantenere una pena pel tentativo, perchè, nonostante l'incertezza in cui è la scienza sull'efficacia dei mezzi abortivi, non riuscirà sempre d'impossibile applicazione la legge, potendosi in singoli casi dimostrare che i mezzi sarebbero stati adatti ed efficaci e che solo per circostanze fortuite se ne impedirono gli effetti.

Tale opinione fu accolta dai seguenti progetti, ed infine anche dal codice, secondo il quale è da ritenersi che, giusta i principii generali, anche la donna che tenta di procurarsi l'aborto è passibile di pena.

Non devesi però porre in oblìo che il tentativo per essere punibile richiede come sempre il concorso dei mezzi idonei, e qui non trattasi più di giudicare della idoneità concreta dei mezzi come nel caso dell'aborto consumato, ma della loro idoneità in senso assoluto.

Ed è forse per la difficoltà massima di simile indagine che per quanto noi conosciamo, dall'applicazione del nuovo codice finora non si è dato il caso di un giudizio per aborto tentato da una donna su sè stessa.

§ 4. — *Aborto su donna consenziente.*

La seconda ipotesi che il nostro legislatore prevede è quella dell'aborto procurato da un terzo sulla donna consenziente, ipotesi che, al pari della prima, secondo noi, dovrebbe andare impunita.

Art. 382. « Chiunque procura l'aborto ad una donna, col consenso di lei, è punito con la reclusione da trenta mesi a cinque anni.

« Se in conseguenza del fatto dell'aborto o dei mezzi adoperati per procurarlo, avvenga la morte della donna, la pena è della reclusione da quattro a sette anni: ed è da cinque a dieci anni se la morte avvenga per essersi adoperati mezzi più pericolosi di quelli ai quali essa abbia consentito ».

È inutile avvertire che i quattro elementi essenziali della gravidanza: della donna, del dolo, dei mezzi idonei, e dell'avvenuta distruzione del

prodotto del concepimento, come sono necessari ed essenziali nell'ipotesi che la donna si procuri da sè stessa l'aborto, lo sono del pari in questa ipotesi che sia il terzo cioè che commetta il reato sulla donna.

E la Corte Suprema di Roma con sentenza del 3 marzo 1890 stabiliva che nelle questioni da porsi ai giurati sul fatto principale di procurato aborto, dev'esser compresa la scienza della gravidanza della donna, cui si somministrano le bevande abortive, essendo essa elemento indispensabile a costituire il dolo.

È necessario però che la donna consenta all'aborto, poichè altrimenti il fatto esulerebbe da quest'articolo per trovar la sua sede nel seguente.

A questo proposito vigono le regole ed i principii generali sulla validità del consenso, ma deve il magistrato procedere con la massima circospezione quando trattisi di ritenere non valido il consenso della donna, che nonpertanto sia intervenuto al fatto.

In questa seconda ipotesi il legislatore ha elevato la pena ed alla detenzione ha sostituito la reclusione, perchè le ragioni dello stato d'animo anormale o della grave commozione che militano a favore della donna, non giustificherebbero, in generale, come dice lo ZANARDELLI nella Relazione, un eguale trattamento per il terzo, il quale per quanto agisca di concerto con la madre, si presume operi sempre con matura deliberazione, e conosca i pericoli ai quali la donna si espone adoperandosi ad abortire.

Il capoverso dell'articolo 382 prevede una circostanza aggravante per colui che ha cagionato l'aborto o che ha adoperati sulla donna mezzi atti a farla abortire, ed è la morte della donna avvenuta in conseguenza dell'aborto o dei mezzi adoperati per procurarlo. E si prevedono due ipotesi: l'una meno grave, che la morte sia conseguita dal fatto dell'aborto per sè medesimo o dei mezzi adoperati e convenuti; l'altra, più grave, che la morte sia stato l'effetto dell'aver il colpevole adoperato mezzi più pericolosi di quelli ai quali la donna aveva consentito.

Il progetto del Senato non accoglieva quest'ultima ipotesi nella considerazione che il dissenso sui mezzi è insignificante contro il consenso sul fine.

Si diceva nella discussione in Senato (15 aprile 1875) che il legis

latore non debba preoccuparsi dei mezzi usati per ottenere lo scopo criminoso, e che solo abbiasi ad accertare se l'aborto fu procurato col consenso della donna ovvero ottenuto senza saputa o contro la volontà di lei; quando essa abbia acconsentito al fine, i mezzi impiegati per raggiungerlo non devono influire sulla misura della pena.

Si può osservare in contrario però che quando l'aborto è provocato per volontà della donna e nei modi dalla stessa scelti o accettati, la parte dell'esecutore è quella di un materiale strumento, mentre che se l'esecutore usa mezzi non voluti dalla paziente, commette un vero attentato contro l'integrità personale di questa, e deve subirne le penali conseguenze.

Il Guardasigilli nella sua Relazione diceva [1]:

« Tuttavia non può sostenersi che rimanga uguale la responsabilità « di chi, sebbene con lo stesso fine criminoso, adopera mezzi diversi « dai convenuti, mentre è universalmente accolta nella dottrina la tesi, « che anche nella partecipazione la discrepanza nei mezzi rende di- « versa la responsabilità dei colpevoli. Se non che io non accettai di « pareggiare nella misura della pena questo caso con quello della morte « avvenuta in seguito ad aborto procurato senza il consenso della donna, « come da ultimo proponeva la Commissione del 1876, nè accettai il « criterio della prevedibilità della morte che era stato suggerito dalla « Commissione del 1868 quale condizione per commutare la circostanza « in esame; non il pareggiamento, perchè certamente è assai più grave il « caso nel quale il difetto di consenso cade non sui mezzi ma sul fine; « non il criterio della prevedibilità, sebbene accolto in sostanza dal « Codice toscano (art. 322 e 323), perchè l'indagine sarebbe somma- « mente difficile, e perchè è noto d'altronde come i mezzi realmente « efficaci a procurare l'aborto siano per loro natura pericolosi alla vita « della donna. »

Per queste ragioni il legislatore punisce con la reclusione da quattro a sette anni la prima ipotesi e con la stessa pena da cinque a dieci anni la seconda.

Perchè si abbia la suddetta aggravante però è necessario non solo

---

[1]) *Relazione ministeriale sui libri II e III del progetto di Codice penale presentato alla Camera dei deputati,* pag. 324.

che la morte sia conseguenza del fatto dell'aborto o dei mezzi adoperati per procurarlo, ma eziandio che il colpevole non si proponesse di conseguire quest'effetto e che egli non sapesse che dai mezzi adoperati sarebbe derivata la morte.

L'indagine non è facile trattandosi di puro elemento intenzionale, ma non è men certo però che se il colpevole voleva la morte della donna il fatto cadrà sotto il titolo di omicidio volontario.

Perchè la morte sia considerata come una circostanza qualificativa dell'aborto è d'uopo che sia un fatto colposo non informato a dolo diretto, o, come ben dice l'IMPALLOMENI [1]), che sia un effetto preterintenzionale.

Ciò, anche se non derivasse in modo chiaro e indiscutibile dalla interpretazione della legge, risulterebbe dalla discussione avvenuta in seno alla Commissione di revisione.

PUCCIONI. Desidera avere uno schiarimento dalla Sottocommissione. In quest'articolo si prevede che dai mezzi adoperati dal terzo sia derivata la morte della donna, e si aggrava la pena se i mezzi stessi erano più pericolosi di quelli cui essa aveva acconsentito. Chiede se nel caso che il terzo avesse saputo che quei mezzi avrebbero prodotto la morte sarà egli punito con le pene dell'omicidio.

AURITI e LUCCHINI. Rispondono affermativamente.

PUCCIONI. Non ne dubitava, ma siccome il codice toscano lo dice espressamente, gli premeva chiarire questo punto.

La Commissione del Senato aveva proposto a quest'articolo l'aggiunta di un capoverso così concepito: « Se il colpevole è il marito le pene stabilite in quest'articolo sono aumentate di un sesto ». Ma la Sottocommissione non credette di accettare questa proposta, perchè, come si espresse il Relatore (LUCCHINI), nell'aborto viene leso, insieme al diritto della persona (!!), cioè del nascituro, anche il diritto del coniuge che non vi consente: ora se egli stesso concorre al reato, non vi è questa lesione e quindi non vi è ragione di aggravare la pena.

---

1) *Op. cit.*, pag. 203.

§ 5. — *Aborto procurato su donna dissenziente.*

La terza ipotesi è prevista dall'articolo 383 che contempla l'aborto tentato o consumato senza o contro il consenso della donna.

« Art. 383. Chiunque fa uso di mezzi diretti a procurare l'aborto ad una donna, senza il suo consenso o contro la sua volontà, è punito con la reclusione da trenta mesi a sei anni; e da sette a dodici anni se avvenga l'aborto. Se, in conseguenza del fatto dell'aborto o dei mezzi adoperati per procurarlo, avvenga la morte della donna, la pena è della reclusione da quindici a vent'anni. Le pene stabilite nel presente articolo sono aumentate di un sesto se il colpevole sia il marito ».

Nella prima parte di quest'articolo il legislatore ha posto una speciale configurazione del tentativo di aborto sopra la donna non consenziente. Ed anzi può dirsi che qui si abbia qualche cosa di meno del tentativo vero e proprio poichè l'uso dei mezzi abortivi è punito sulla donna dissenziente anche quando l'aborto non avvenga per volontaria desistenza dell'agente.

L'IMPALLOMENI giustifica questa disposizione dicendo che il legislatore *colpisce solo per il pericolo dell'aborto, per l'attentato commesso ai diritti ed alle affezioni di maternità della donna, per il pericolo in cui si è messa la salute di lei ignara o dissenziente.*

A noi sembra però che questa disposizione sia ingiusta non solo ma inopportuna.

Non vi è alcun motivo per il quale debbasi in questo caso derogare alle norme generali sul tentativo; e se è il pericolo in cui si è messa la salute della donna che vuol punirsi, questo effetto si sarebbe pienamente ottenuto applicando l'articolo 61 che punisce il tentativo in genere. La ragione incriminativa del tentativo è rappresentata appunto dalla possibilità del pericolo del reato progettato, e viene a mancare ove manchi quella idoneità nella forza soggettiva per cui a dire del ROMAGNOSI il fatto poteva ispirar terrore ed esser causa di pericolo.

Or quando il colpevole volontariamente desista dagli atti di esecuzione del delitto, senza che l'atto già eseguito costituisca di per sè un

reato, si è riconosciuta la necessità tanto giuridica quanto politica di non sottoporre l'agente a punizione di sorta, perchè viene a mancare l'elemento del pericolo nel quale risiede il fondamento della punibilità del tentativo. Ma se il pericolo, data la volontaria desistenza, cessa in ogni sorta di reati, come può dimostrarsi che sussista nello aborto?

E se non sussiste non è ingiusto il punire colui che, ravvedutosi in tempo, volontariamente si astiene dal proseguire nell'opera sua, e disvuole ciò che volle senza avere in alcun modo recato danno alla donna o al feto?

Non trattasi soltanto di una questione di pena la quale non è sensibilmente diversa da quella che sarebbe dovuta per le regole generali del tentativo, ma trattasi di un'ipotesi che secondo l'articolo 61 non sarebbe punita, e che lo è per il primo capoverso dell'articolo 383.

La disposizione è poi inopportuna perchè quand'anche il legislatore avesse voluto punire in questo caso particolare il tentativo di aborto sulla donna dissenziente più gravemente di quello che lo sarebbe stato secondo le regole generali, non avrebbe dovuto però usare questa locuzione la quale ingenera il dubbio che non sia nemmeno necessario l'impiego di mezzi idonei.

Di ciò in vero io credo non si possa nè si debba dubitare, ma quando si dice semplicemente che è punito colui che usa mezzi per procurare l'aborto, quando non sia avvenuto, non si esclude che si possa fare luogo a pena quando non si hanno veri atti di esecuzione, ma semplici atti preparatorii, ovvero quando l'agente ha usato mezzi di tal natura che comunque vi avesse persistito non sarebbe mai riuscito a consumare il reato; al contrario se il legislatore si fosse attenuto alla espressione legale che ci somministrano le disposizioni sul tentativo di reato in genere, si sarebbero in modo preciso determinati i caratteri che deve avere l'azione perchè sia passibile di pena, e sarebbe rimasto accertato che nel caso sopraccennato non è luogo a punizione di sorta.

Per concludere, sebbene non approviamo le disposizioni del Codice penale italiano, risulta che la figura giuridica del tentativo ai termini dell'art. 61 può presentarsi allora soltanto che la donna faccia uso di mezzi diretti a procurare l'aborto a sè stessa, o allora che tali mezzi siano adoperati da un terzo col consenso della donna.

In tali casi per elevare l'azione a reato è necessario però che concorrano le condizioni tutte per cui un'azione delittuosa piglia figura di conato. Quando invece l'uso di codesti mezzi sia opera del terzo, nolente la donna, si applicherà il primo alinea dell'articolo 383 che prevede questo fatto come reato speciale e lo punisce con particolari sanzioni.

In tali sensi decideva la Corte Suprema [1]) la quale stabiliva che è punibile come tentativo il fatto di chi adopera i mezzi per procurare l'aborto consenziente la donna, quando non ne segua la morte o l'aborto. Allorquando quest'ultimo caso si verifichi, quando cioè avvenga la morte della donna per conseguenza del fatto dell'aborto o dei mezzi adoperati per procurarlo, allora tale reato viene punito colla pena più grave sancita dall'alinea dell'articolo 382.

Il delitto consumato in questa configurazione, quando cioè il fatto avvenga all'insaputa o contro la volontà della donna, assume una gravità assai maggiore, siccome quello, dice il Guardasigilli, che si commette ad un tempo e contro il feto e contro la donna, offendendo la sua vita e salute ed il suo diritto di madre.

La pena è considerevolmente aumentata ed è da sette a dodici anni.

Potrebbe invero osservarsi come diversa sia la intrinseca gravità del fatto nel caso che l'aborto si procuri senza il consenso ed in quello che si procuri contro la volontà della donna, ma il legislatore avrà probabilmente inteso di provvedere alle varie gradazioni della responsabilità con la latitudine della pena lasciata al prudente arbitrio del magistrato.

La morte avvenuta in conseguenza dell'aborto consumato o tentato in questa ipotesi porta la pena della reclusione da quindici a venti anni, essendo molto più grave la responsabilità del colpevole quando ha agito senza il consenso della donna.

Anche in questo caso però è da notare che la morte dev'essere un effetto preterintenzionale poichè altrimenti cade sotto il titolo di omicidio volontario.

L'ultimo alinea dell'articolo 383 commina l'aumento di un sesto della pena, nel caso di aborto procurato o tentato contro o senza la

[1]) 24 marzo 1890, Catalano e Zugalleria.

volontà della donna quando l'agente sia marito della stessa, per la violazione del diritto della donna e per il disprezzo dei doveri e dei sentimenti di famiglia.

§ 6. — *Circostanza aggravante l'aborto procurato.*

Circostanza aggravante il delitto di aborto tanto quando venga tentato o consumato col consenso della donna quanto senza o contro la volontà di essa, è lo avere l'agente abusato di una professione sanitaria qualunque o di un'altra professione od arte soggetta a vigilanza per ragione di sanità pubblica.

Senza dubbio il medico unicamente perchè tale trova nel proprio mestiere risorse a delinquere e a schivare i rigori della giustizia punitiva, che nessun altro possiede. Ed è certo del pari che colui il quale volge a fine malvagio l'arte benefica e salutare di guarire e in tal modo turpemente tradisce la fiducia dei pazienti che senza difesa gli si affidano, debba essere più gravemente punito dell'ordinario. Un diploma di laurea non deve mai servire come salvaguardia a chi con prava intenzione si determina a misfare quasi sicuro sotto l'usbergo della scienza e della professione.

Quasi tutte le legislazioni hanno seguito in questa materia le norme tramandateci dalla sapienza romana, avvalorate del resto dalla quotidiana esperienza la quale dimostra come la massima parte dei rari procedimenti penali che avvengono per aborti, siano diretti contro levatrici, contro medici, o altri ufficiali sanitari.

Ed è poi noto, come abbiamo avuto occasione di osservare, che vi sono molte città, nelle quali esistono delle case di maternità private, che andrebbero meglio designate col nome di macelli di feti e di neonati, nelle quali le levatrici che le tengono spesso in cointeresse con dei medici e farmacisti perpetrano a mano franca e mercè retribuzione da convenirsi, aborti e infanticidi, come se si trattasse di leciti commerci o di buone azioni [1]).

Il legislatore italiano afferma questo principio universalmente accolto della maggiore responsabilità dell'ufficiale sanitario all'art. 384.

« Art. 384. Quando il colpevole di alcuno dei delitti preveduti nei

[1]) Cfr. Ziino, *Studio medico-legale sulle lesioni di continuità dell'utero.*

due articoli precedenti sia persona che esercita una professione sanitaria od un'altra professione od arte soggetta a vigilanza per ragioni di sanità pubblica, che abbia indicati, somministrati, o adoperati i mezzi per i quali sia procurato l'aborto o sia avvenuta la morte, le pene stabilite in quegli articoli sono aumentate di un sesto.

« La condanna ha sempre per effetto la sospensione dall'esercizio della professione o dell'arte per un tempo pari a quello della reclusione inflitta ».

La locuzione di quest'articolo, però, devesi convenire che è molto inesatta.

L'aggravamento della pena infatti, essendo determinato dall'abuso della qualità personale del colpevole, è illogico o per lo meno superfluo richiedere che questi abbia indicati, somministrati, o adoperati i mezzi abortivi, per esser punito a norma dell'articolo 384. Nè si comprende, se non come inutile ripetizione, che ad esempio per il medico il quale abbia procurato l'aborto ai sensi degli articoli 382 o 383, sia necessario perchè sia punito più gravemente dell'ordinario che abbia egli indicati, somministrati, o adoperati i mezzi dai quali in fatto è già conseguito per opera di lui l'aborto.

Nè ciò basta, poichè mentre sembra che il legislatore riferisca l'aggravante soltanto ai colpevoli dei delitti contemplati negli articoli 382 e 383, cioè ai terzi che abbiano su di una donna incinta tentato o consumato l'aborto, potrebbe d'altra parte nascere il dubbio che nell'art. 384 sia compresa anche una ipotesi nuova di reato qual'è quella degli ufficiali sanitari che indichino o somministrino i mezzi pei quali sia procurato l'aborto o sia avvenuta la morte.

Infatti parrebbe che logicamente dovesse ritenersi punibile a norma dell'art. 384 tanto l'ufficiale sanitario che abbia procurato l'aborto ad una donna col consenso di lei o che abbia fatto uso di mezzi diretti a procurare l'aborto senza il consenso o contro la volontà della donna (articoli 382 e 383), quanto l'ufficiale sanitario non colpevole di questi delitti il quale abbia però indicati o somministrati i mezzi dai quali sia derivato l'aborto o la morte della donna.

Trattasi di due ipotesi ben distinte l'una dall'altra e non potrebbe comprendersi come il legislatore punendo ben gravemente l'una lasciasse l'altra impunita. E volendo altrimenti interpretare l'art. 384,

non potrebbe nemmeno giustificarsi, poichè nessuna parte della legge deve ritenersi inutile, l'inciso *che abbia somministrati, indicati o adoperati i mezzi per i quali sia procurato l'aborto o sia avvenuta la morte,* inciso che, ove l'articolo si riferisse soltanto agli ufficiali sanitari colpevoli di uno dei delitti previsti agli articoli 382 e 383, sarebbe completamente inutile e superfluo.

Ma d'altra parte la interpretazione delle due ipotesi di reato urta in modo assoluto contro la lettera della prima parte dell'articolo, la quale dispone che questo deve applicarsi soltanto alla persona che esercita una professione sanitaria *quando sia colpevole di uno dei delitti preveduti negli articoli 382 o 383.*

Come conciliare questi argomenti contrari di uguale valore e di pari importanza?

La giurisprudenza non si è peranco pronunziata sulla interpretazione di quest'articolo, e noi fino a quando non avremo autorevoli ammaestramenti che ci convincano del contrario preferiamo attenerci alla potesi più benevola, che cioè l'art. 384 sia applicabile soltanto agli ufficiali sanitari colpevoli di uno dei delitti previsti negli articoli 382 o 383.

Preferiamo ritenere poco esatta la locuzione usata dal legislatore e superfluo l'ultimo inciso dell'art. 384, anzichè sorpassare alla tassativa restrizione impostaci dalla prima parte dell'articolo medesimo; preferiamo la deplorevole impunità di una persona che esercita un'arte sanitaria la quale abbia indicati o somministrati i mezzi per abortire, alla pena della reclusione da diciassette anni e sei mesi a ventitrè anni e quattro mesi per il farmasista che abbia soltanto indicato la ruta o la segala cornuta in un aborto nel quale siasi poi avverata la morte della donna.

Ciò costituirebbe una tale enormità, tanto più ove si consideri che l'indicazione dei mezzi abortivi può agevolmente farsi anche da chi non sia ufficiale sanitario, che di per sè sola sarebbe ragione sufficiente per indurci a respingere la interpretazione estensiva dell'art. 384.

Ma del resto il concetto del legislatore non si presenta sostanzialmente più esatto di quello che lo sia nella forma.

Infatti non solo nell'articolo 384 noi troviamo disordinatamente contemplate ipotesi di ben diversa gravità, tale da non poter essere

livellata dall'arbitrio lasciato al magistrato, ma è evidente e letterale che da quest'articolo, il quale non riguarda il delitto previsto dall'articolo 381, esula la figura dell'ufficiale sanitario che indichi o somministri alla donna che da sè medesima si sia procurato l'aborto, i mezzi a ciò necessari, figura criminosa che dal punto di vista del legislatore italiano non avrebbe dovuto trascurarsi.

Nè ciò basta poichè in molti dei progetti, precedenti l'ultimo del 1887, era almeno richiesta espressamente nel colpevole la *scienza* o il *dolo*, circostanza che se non valeva ad eliminare completamente gli inconvenienti cui darebbe luogo l'articolo 384 se in pratica lo si dovesse applicare in quel senso, quali quelli della straordinaria sproporzione penale in confronto a chi indichi i mezzi e a chi li adoperi, mostrava almeno, in modo concreto che il legislatore nel comminare una pena sì grave anche per il *correo* richiedeva la prova assoluta dell'animo diretto a commettere il delitto.

E ciò non diciamo già nel senso che sotto l'impero del Codice penale italiano per l'applicabilità dell'art. 384 si possa prescindere dall'elemento del dolo, ma bensì perchè ognuno che abbia pratica dei tribunali comprenderà di leggieri quanto sia pericoloso l'art. 384 formulato in modo così vago, oscuro ed inesatto; pericolo che apparrà sempre maggiore ove si ponga mente alla grande latitudine che dai lavori preparatorii risulta si è inteso dare al significato della frase « persona che esercita una professione sanitaria od altra professione soggetta a vigilanza per riguardo alla sanità pubblica » comprendendovi i medici, i chirurghi, le levatrici, i farmacisti o loro assistenti ed aiuti, nonchè i droghieri, i colorari, i venditori di prodotti chimici e simili [1]).

Il Codice penale non fa, come quasi tutti i progetti, espressa menzione della impunità del medico o del chirurgo, il quale giustifichi di aver agito nello scopo di salvare in tal maniera la vita della donna messa in pericolo dalla gravidanza o dal parto.

Ciò s'intende però, quand'anche omesso, e il Guardasigilli dice che in tali casi il sagrificio del feto si ritiene pienamente giustificato dalla necessità di salvare la vita alla madre.

---

[1]) Vedi *Verbale XXII della Commissione di revisione* e *Relazione del Guardasigilli*, pag. 326.

Certo deve richiedersi un esame profondo del caso ed un accertamento della necessità, in difetto di che sussisterebbe sempre la responsabilità dell'operatore almeno a titolo di colpa; ma in caso estremo e disperato lo SCHUTZE ritiene che sia doveroso nell'operatore il procedere al feticidio sia pure senza il consenso della donna.

§ 7. — *Circostanze attenuanti l'aborto procurato.*

Varie possono essere le ragioni che spingano la donna al reato di aborto: il tedio della figliuolanza, il timore del parto, o anche l'intento che il superbo ventre non si brutti di rughe precoci, e che i travagli del parto non sciupino la freschezza e la morbidità della pelle.

La spinta più comune però a questo reato è senza dubbio il timore che possa esser noto un fallo commesso, ed in questo caso il legislatore ha creduto di accordare una diminuzione di pena.

L'articolo 385 dispone:

« Nel caso di aborto procurato per salvare l'onore proprio o della moglie, della madre, della discendente, della figlia adottiva o della sorella, le pene stabilite nei precedenti articoli sono diminuite da uno a due terzi, e alla reclusione è sostituita la detenzione ».

Il legislatore nel dettare questa disposizione è stato ispirato dallo stato di sgomento e talvolta di disperazione nel quale trovasi la madre durante la gestazione di un feto che sarà, nascendo, la rivelazione vivente del fallo commesso.

E poichè a siffatta causa partecipano i prossimi congiunti, per la grave perturbazione d'animo che possono cagionare nel padre, nel fratello, nel marito il pensiero di un essere che sarà l'accusatore permanente dell'illecito commercio, e la minaccia del disonore che ne verrebbe a lui pure ed alla propria famiglia, così il legislatore ha esteso la scusa alle persone che commettono il delitto per salvare l'onore della moglie, della madre, della figlia o della sorella.

§ 8. — *Conclusione.*

Giunti al termine della modesta opera di critica che abbiamo inteso fare alle disposizioni vigenti sul reato di aborto crediamo inutile

il dichiarare che non è stato mai nelle nostre idee di giustificare o di fare l'apologia dell'aborto come atto morale.

Ma il diritto non può nè deve fare a meno di quei temperamenti che debbonsi escludere in senso assoluto dal campo etico.

Noi abbiamo cercato di dimostrare come in molti casi di aborto manca tanto la lesione giuridica quanto il danno sociale che potrebbero servire di fondamento alla repressione penale di questo fatto.

L'impunità del resto quasi costante del reato di aborto dimostra come la società non abbia nessuna ragione di allarmarsi di un simile fatto, e come tutti quei provvedimenti legislativi che si pongono per reprimerlo rimangano assolutamente privi di pratico effetto a scapito della serietà e dignità della legge.

Ed allo stato della giurisprudenza fa eco la pubblica opinione che non condanna nel maggior numero dei casi le pratiche abortive.

Il Codice penale italiano che abbiamo esaminato, quantunque non può negarsi che abbia fatto in genere un certo progresso in confronto dei Codici passati sia per la specificazione delle varie figure del reato sia per la distribuzione delle pene, è certo però che è ben lungi dall'accostarsi a quelle idee che le reali esigenze del diritto punitivo ci hanno spinto a sostenere.